Tomo 3

Enrique Varsi Rospigliosi

# TRATADO DE DERECHOS REALES

## Derechos reales de goce

UNIVERSIDAD DE LIMA

FONDO EDITORIAL

# Tratado de derechos reales. Derechos reales de goce

Tomo 3

Enrique Varsi Rospigliosi

Tomo 3

Enrique Varsi Rospigliosi

# TRATADO DE DERECHOS REALES

## Derechos reales de goce

UNIVERSIDAD DE LIMA

FONDO EDITORIAL

Colección Investigaciones
*Tratado de derechos reales.* Tomo 3. *Derechos reales de goce*
Primera edición impresa: febrero, 2019
Primera edición digital: abril, 2020

© Universidad de Lima
Fondo Editorial
Av. Javier Prado Este 4600
Urb. Fundo Monterrico Chico, Lima 33
Apartado postal 852, Lima 100
Teléfono: 437-6767, anexo 30131
fondoeditorial@ulima.edu.pe
www.ulima.edu.pe

Diseño, edición y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Esta publicación es resultado de una investigación auspiciada por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima.

Versión *e-book* 2020
Digitalizado y distribuido por Saxo.com Perú S. A. C.
https://yopublico.saxo.com/
Teléfono: 51-1-221-9998
Avenida Dos de Mayo 534, Of. 404, Miraflores
Lima - Perú

Se prohíbe la reproducción total o parcial de este libro, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

ISBN 978-9972-45-522-3

# Índice

**Introducción** 15

**Capítulo primero**
**Usufructo** 21

1. Generalidades 24
2. Antecedentes 24
3. Etimología 25
4. Concepto 26
5. Denominación 26
6. Definición 27
7. Características 28
8. Naturaleza jurídica 37
9. Importancia 39
10. Elementos 40
    - 10.1 Subjetivo 40
        - 10.1.1 Nudo propietario 40
        - 10.1.2 Usufructuario 41
        - 10.1.3 Constituyente 42
    - 10.2 Objetivo 43
    - 10.3 Temporal 45
11. Alcances 47
12. Atributos 48
    - 12.1 Uso 49
    - 12.2 Disfrute 49
    - 12.3 Reivindicación 50
    - 12.4 Disposición 50

13. Clasificación 51
13.1 Usufructo convencional 51
13.2 Usufructo testamentario 51
13.3 Usufructo legal 51
13.4 Usufructo judicial 52
13.5 Usufructo de disposición 53
13.6 Usufructos sucesivo, simultáneo, alternativo y divisible 53
13.6.1 Usufructo sucesivo 53
13.6.2 Usufructo simultáneo 54
13.6.3 Usufructo alternativo 54
13.6.4 Usufructo divisible 55
13.7 Multiusufructo 55
13.8 Subusufructo 55
13.9 Usufructo sobre derechos 56
13.10 Universal y particular 57
13.11 Otros 57
14. Derechos y obligaciones del usufructuario 59
14.1 Derechos 59
14.2 Obligaciones 61
15. Derechos y obligaciones del nudo propietario 64
15.1 Derechos 64
15.2 Obligaciones 65
16. Constitución 66
16.1 Ley 66
16.1.1 Usufructo sobre el peculio profecticio 67
16.1.2 Usufructo viudal 70
16.1.3 Usufructo de los bienes hereditarios 70
16.2 Contrato o acto jurídico unilateral 71
16.2.1 Contrato 71
16.2.2 Acto jurídico unilateral 72
16.3 Testamento 73
16.4 Prescripción adquisitiva 74
17. Modificación 77
18. Extinción 78
18.1 Vencimiento del plazo 78
18.2 Prescripción extintiva por no uso por 5 años 79
18.3 Consolidación 80
18.4 Fallecimiento o renuncia del usufructuario 81
18.4.1 Fallecimiento del usufructuario 81
18.4.2 Renuncia del usufructuario 81

18.5 Destrucción o pérdida total del bien 82
18.5.1 Destrucción 82
18.5.2 Pérdida total 83
18.6 Por abuso que el usufructuario haga de su derecho 83
19. Reparaciones y mejoras 85
19.1 Reparaciones 86
19.2 Mejoras 86
20. Acciones de defensa 86
21. Diferencias y semejanzas con otras figuras 87
21.1 Uso y habitación 87
21.2 Cuasiusufructo 87
21.3 Mutuo 87
21.4 Comodato 88
21.5 Arrendamiento 88
21.6 Propiedad 90
21.7 Servidumbre 90
21.8 Anticresis 90
21.9 *Profit* 91
22. Regulación legal 91
22.1 Código Civil 91
Anexo 1. Diferencias y semejanzas entre arrendamiento, superficie y usufructo 92
Referencias 95

**Capítulo segundo**
**Cuasiusufructo** 101

1. Generalidades 104
2. Antecedentes 104
3. Concepto 106
4. Denominación 108
5. Definición 108
6. Características 108
7. Naturaleza jurídica 110
8. Elementos 111
8.1 Subjetivo 111
8.1.1 Nudo propietario 111
8.1.2 Cuasiusufructuario 111
8.1.3 Constituyente 112
8.2 Objetivo 112
8.3 Temporal 112

9. Clases 112
9.1 Usufructo dinerario 112
9.2 Usufructo de crédito 112
10. Diferencias y semejanzas con otras figuras 113
10.1 Con el usufructo 113
10.2 Con el mutuo 115
11. Regulación legal 116
11.1 Código Civil 116
Referencias 116

**Capítulo tercero**
**Uso y habitación** 119

**I. Aspectos generales y comunes** 122
1. Introducción 122
2. Generalidades 122
3. Antecedentes 123
4. Tratamiento legal 123
4.1 Autonomía 123
4.2 Normas de remisión 125
4.3 Derecho comparado 125
5. Características comunes 126
5.1 Con el usufructo 126
5.2 Propias del uso y la habitación 126
6. Naturaleza jurídica 132
7. Importancia 132
8. Constitución 133
8.1 ¿Uso legal y uso judicial? 134
8.2 Formalidad 135
9. Alcances 135
10. Relaciones jurídicas 135
10.1 Derechos y obligaciones del nudo propietario 135
10.2 Derechos y obligaciones del usuario y habituario 136
11. Extinción 136
12. Acciones de defensa 137
13. Reparaciones, mejoras y reembolsos 137
14. Conclusión 137

**II. Derecho real de uso** 138
1. Antecedentes 138
2. Etimología 138

3. Concepto 138
4. Definición 138
5. Características 139
6. Ámbito 140
7. Elementos 140
7.1 Subjetivo 140
7.1.1 Nudo propietario 141
7.1.2 Usuario 141
7.1.3 Constituyente 141
7.2 Objetivo 142
7.3 Temporal 142
8. Atributos 143
8.1 Uso 143
8.2 Disfrute 143

**III. Derecho real de habitación** 144
1. Antecedentes 144
2. Etimología 144
3. Concepto 144
4. Definición 145
5. Características 145
6. Elementos 146
6.1 Subjetivo 146
6.1.1 Nudo propietario 146
6.1.2 Habituario 146
6.1.3 Constituyente 147
6.2 Objetivo 147
6.3 Temporal 148
7. Atributos 149
7.1 Uso 149
7.2 Disfrute 149

**IV. El derecho de uso y habitación de interés social** 149
1. Generalidades 149

**V. El derecho real de habitación periódica** 150
1. Generalidades 150

Anexo 2. Diferencias del usufructo con el uso y habitación 152
Anexo 3. Diferencias entre uso y habitación 153
Anexo 4. Diferencias entre el derecho real de habitación y el derecho de usufructo de la casa habitación 153

Referencias 154

**Capítulo cuarto**
**Servidumbre** 157

1. Generalidades 160
2. Antecedentes 160
3. Etimología 162
4. Concepto 162
5. Denominación 162
6. Definición 162
7. Características 163
8. Naturaleza jurídica 173
9. Importancia 175
10. Elementos 176
    10.1 Subjetivo 176
        10.1.1 Titular del predio dominante 176
        10.1.2 Titular del predio sirviente 177
        10.1.3 Constituyente 177
        10.1.4 Legitimidad 178
    10.2 Objeto 179
        10.2.1 Predio dominante 179
        10.2.2 Predio sirviente 180
        10.2.3 Se requiere vecindad de los predios, no colindancia 180
        10.2.4 Inmuebles por incorporación natural 181
        10.2.5 Qué bienes no pueden ser objeto de servidumbre 181
        10.2.6 Interrelación 182
    10.3 Temporalidad 183
11. Alcances 183
12. Atributos 184
13. Clasificación 185
    13.1 Por su acción 186
    13.2 Por su ejercicio 186
    13.3 Por sus características 187
    13.4 Por su naturaleza 187
    13.5 Por su origen 188
    13.6 Por su patrimonialidad 188
14. Clases 188
    14.1 Servidumbre de paso 189
    14.2 Servidumbre de acueducto 189

14.3 Servidumbre de vista 190
14.4 Servidumbre de desagüe 190
14.5 Servidumbre de medianería 190
14.6 Servidumbre de aireación o ventilación 191
14.7 Servidumbre de balcón 191
14.8 Servidumbre de palco o butaca 191
14.9 Servidumbre de saca de leña 191
14.10 Servidumbre de comunidad de pastos 191
15. Derechos y obligaciones del titular del predio dominante 192
15.1 Derechos 192
15.2 Obligaciones 192
16. Derechos y obligaciones del titular del predio sirviente 192
16.1 Derechos 192
16.2 Obligaciones 193
17. Constitución 193
17.1 Ley 193
17.2 Voluntaria 194
17.2.1 Contrato 194
17.2.2 Acto jurídico unilateral 194
17.3 Testamento 194
17.4 Prescripción adquisitiva 194
17.4.1 ¿Se pueden prescribir servidumbres de vista? 196
17.5 Por destino del padre de familia 197
18. Formalidad 198
19. Registro e inscripción 198
20. Conservación 198
21. Transferencia 199
22. Modificación 199
23. Extinción 200
23.1 Destrucción 200
23.2 Prescripción extintiva 200
23.3 Obtención de paso 200
23.4 Otras causales de extinción no consideradas en la norma 201
24. Tutela de la servidumbre 202
25. Diferencias con otras figuras 202
25.1 Usufructo 202
25.2 Derecho de paso forzado 203
25.3 Vecindad 203
25.4 Serventía 203
26. Acciones de defensa 204

26.1 Acciones de oposición a la servidumbre 204
26.2 Acción negatoria de la servidumbre 205
27. Regulación legal 206
27.1 Regulación civil del derecho de servidumbre 206
27.2 Regulación administrativa para constitución de derecho de servidumbre 207
27.3 Leyes especiales que regulan el derecho de servidumbre para la prestación de servicios públicos 207
27.3.1 Sector energía y minas 207
27.3.2 Sector transporte y comunicaciones 208
27.3.3 Sector vivienda, construcción y saneamiento 208
27.3.4 Sector agricultura 208
Referencias 209

**Bibliografía general** 211

# Introducción

Concluido el análisis de la primera parte especial de los derechos reales (IDIC, 2016), referente a la teoría general de la posesión y la propiedad como derechos reales centrales, corresponde en esta oportunidad dar inicio al estudio de las desmembraciones del derecho de propiedad, los denominados derechos reales sobre la cosa ajena o derechos reales de disfrute. Entre ellos el más importante es el usufructo, así como la servidumbre.

Partimos con el análisis histórico y sociológico del usufructo para luego entrar a la exposición de sus derivaciones: el uso y la habitación, además de un análisis del cuasiusufructo. En la misma línea, desarrollamos la temática de la servidumbre.

Tener un bien implica usarlo y disfrutarlo, tenerlo y aprovecharlo, sea de manera directa, como propietario, o indirecta, como poseedor, en este caso, cuando un bien es cedido para su uso y goce. Varias son las posibilidades que tiene el dueño para conferir a otro las facultades de uso y goce del objeto de su dominio, con las respectivas diferencias; la idea es que los bienes produzcan, dando provechos a quien los necesita y cumpliendo su función social. Las cosas pueden y deben generar un beneficio a las personas; su uso está dirigido para que, a través de ellas, podamos satisfacer nuestras necesidades, de allí que el derecho nos conceda las facultades de uso y goce sobre bienes, y el usufructo es la institución jurídica que permite ello.

El usufructo es un derecho real clásico, pero, por sobre todo, históricamente importante luego de la posesión y de la propiedad. Es el típico derecho real de disfrute y se constituye como el derecho de uso y goce sobre cosa ajena de especial trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, así como en el resto del derecho comparado. Es una figura legal que

reviste cada vez mayor categoría por la función económica que está llamada a cumplir. Ello es así, en tanto permite el uso y disfrute de un bien ajeno, generalmente a cambio de una contraprestación.

En lo referente al uso y la habitación, se ha dicho que son derechos reales derivados del usufructo, ya que se rigen por las disposiciones de este; sin embargo, se trata de derechos independientes y autónomos, además de ser *intuitu personae*. El usufructo es amplio, mientras que el derecho de uso no lo es; el titular tiene un *usus* específico y un *fruendi* restringido a sus necesidades personales y las de su familia. Por su parte, el derecho real de habitación es más limitado aún: sumadas a las restricciones en el uso, el bien debe ser utilizado como vivienda. A consecuencia del fenómeno socioeconómico, el uso y la habitación se han presentado como derechos reales prácticamente en desuso y su regulación se debe a una cuestión de tradicionalidad. No obstante, no puede desconocerse que vienen aplicándose con base en la función social de los derechos reales, permitiendo la satisfacción de necesidades básicas de sus titulares.

La servidumbre tiene su fundamento en la utilidad y beneficio de un fundo (dominante) en perjuicio de otro fundo (sirviente). Es la necesidad y requerimiento del primero la que justifica que se afecten los intereses de un segundo predio. Esta figura real, de larga data, hace posible que se ejerzan los derechos y facultades sobre un bien que, dadas sus características, depende de que otro le ceda parte de sus accesos a fin de que su titular pueda ejercer a plenitud sus facultades de *domine*.

Acorde con la metodología utilizada en el *Tratado de derecho civil* (anteriores investigaciones: 2009-2016), se realiza un análisis de los antecedentes, concepto, definición, características, naturaleza jurídica, elementos, clases, importancia, facultades, formas de adquisición y extinción, principios rectores (entre otros). A lo largo de la investigación, se trata de llevar a cabo un estudio comparativo y aplicativo de los derechos reales, en general, con los derechos reales sobre bien ajeno, en especial, básicamente, del usufructo, uso, habitación y servidumbre, que se confrontan con otros derechos reales.

Si bien el usufructo y la servidumbre cuentan con un sólido y extenso desarrollo en el Código Civil, se ha visto complementado por la praxis, la doctrina y la jurisprudencia. Además, el derecho contemporáneo viene reanalizando esta institución del usufructo, a propósito del desarrollo del mercado y de las inversiones, como una alternativa al contrato de arrendamiento, y ni qué decir de la aplicación de la servidumbre en los nuevos proyectos de infraestructura. Estos factores han sido tomados en cuenta en la investigación de manera que el derecho logre obtener la máxima

eficiencia de estos institutos que forman parte de los derechos reales, tanto en el ámbito del derecho privado como del derecho público.

Los temas son tratados de acuerdo con las modernas teorías de las transacciones contemporáneas del mercado, sin descuidar sus antecedentes históricos que, desde ya, son de larga data. Se lleva a cabo un análisis legislativo para luego confrontarlo con la doctrina nacional y extranjera moderna, así como con los más recientes planteamientos jurisprudenciales emitidos por el Poder Judicial.

Con esta investigación pondremos a disposición de la comunidad operativa y académica una obra, metodológica y técnicamente desarrollada, que analiza de forma pormenorizada el derecho real de usufructo y sus derivaciones desde la óptica del derecho civil, tomando como base la praxis que recientemente se viene aplicando.

Esta obra ha contado con la valiosa colaboración de Marco Andrei Torres Maldonado, jefe de prácticas; Melisa Linares Paz Soldán, asistente de investigación del IDIC (2017), y de Mariana Aguilar Ávila.

*Enrique Varsi Rospigliosi*

## Abreviaturas

| | |
|---|---|
| Art. | Artículo |
| Cas. | Casación |
| CNA | Código de los Niños y Adolescentes |
| Conc. | Concordado, concordancia |
| CPC | Código de Procedimientos Civiles |
| Código del 52 | Código Civil de 1852 |
| Código del 36 | Código Civil de 1936 |
| DOEP | Diario Oficial *El Peruano* |
| D. S. | Decreto Supremo |
| D. Leg. | Decreto Legislativo |
| L. | Ley |
| LGS | Ley General de Sociedades |
| LPM | Ley de Garantía Mobiliaria |
| TUO | Texto Único Ordenado |

## Nota

Cuando en el presente libro se refiera el número de un artículo o se mencione solo la palabra Código, se entiende que corresponde al Código Civil peruano.

## Capítulo primero

# Usufructo

**SUMARIO: 1.** Generalidades. **2.** Antecedentes. **3.** Etimología. **4.** Concepto. **5.** Denominación. **6.** Definición. **7.** Características. **8.** Naturaleza jurídica. **9.** Importancia. **10.** Elementos. **10.1** Subjetivo. **10.1.1** Nudo propietario. **10.1.2** Usufructuario. **10.1.3** Constituyente. **10.2** Objetivo. **10.3** Temporal. **11.** Alcances. **12.** Atributos. **12.1** Uso. **12.2** Disfrute. **12.3** Reivindicación. **12.4** Disposición. **13.** Clasificación. **13.1** Usufructo convencional. **13.2** Usufructo testamentario. **13.3** Usufructo legal. **13.4** Usufructo judicial. **13.5** Usufructo de disposición. **13.6** Usufructos sucesivo, simultáneo, alternativo y divisible. **13.6.1** Usufructo sucesivo. **13.6.2** Usufructo simultáneo. **13.6.3** Usufructo alternativo. **13.6.4** Usufructo divisible. **13.7** Multiusufructo. **13.8** Subusufructo. **13.9** Usufructo sobre derechos. **13.10** Universal y particular. **13.11** Otros. **14.** Derechos y obligaciones del usufructuario. **14.1** Derechos. **14.2** Obligaciones. **15.** Derechos y obligaciones del nudo propietario. **15.1** Derechos. **15.2** Obligaciones. **16.** Constitución. **16.1** Ley. **16.1.1** Usufructo sobre el peculio profecticio. **16.1.2** Usufructo viudal. **16.1.3** Usufructo de los bienes hereditarios. **16.2** Contrato o acto jurídico unilateral. **16.2.1** Contrato. **16.2.2** Acto jurídico unilateral. **16.3** Testamento. **16.4** Prescripción adquisitiva. **17.** Modificación. **18.** Extinción. **18.1** Vencimiento del plazo. **18.2** Prescripción extintiva por no uso por 5 años. **18.3** Consolidación. **18.4** Fallecimiento o renuncia del usufructuario. **18.4.1** Fallecimiento del usufructuario. **18.4.2** Renuncia del usufructuario. **18.5** Destrucción o pérdida total del bien. **18.5.1** Destrucción. **18.5.2** Pérdida total. **18.6** Por abuso que el usufructuario haga de su derecho. **19.** Reparaciones y mejoras. **19.1** Reparaciones. **19.2** Mejoras. **20.** Acciones de defensa. **21.** Diferencias y semejanzas con otras figuras. **21.1** Uso y habitación. **21.2** Cuasiusufructo. **21.3** Mutuo. **21.4** Comodato. **21.5** Arrendamiento. **21.6** Propiedad. **21.7** Servidumbre. **21.8** Anticresis. **21.9** *Profit.* **22.** Regulación legal. **22.1** Código Civil. **Anexo 1.** Diferencias y semejanzas entre arrendamiento, superficie y usufructo.

## 1. Generalidades

Tener un bien implica usarlo y disfrutarlo, tenerlo y aprovecharlo, sea de manera directa, como propietario, o indirecta, como poseedor, en este caso, cuando un bien es cedido para su uso y disfrute. Varias son las posibilidades que tiene el dueño para conferir a otro las facultades de uso y goce del objeto de su dominio, con las respectivas diferencias; la idea es que los bienes produzcan y den provechos a quien los necesita, cumpliendo su función social.

Una destacada característica de la creación de un derecho real conduce a distinguir, como menciona Peñailillo (2006, p. 201), dos grandes grupos de relaciones que incluyen las facultades de uso y goce sobre bienes:

– Aquel que genera derecho real (usufructo)

– Aquel que genera derecho personal (arrendamiento, comodato)

## 2. Antecedentes

Históricamente, el usufructo tuvo una función alimentaria, es decir, proporcionaba medios de subsistencia al usufructuario (Gama, 2011, p. 538). Eso se debía a que solo las personas naturales podían ser usufructuarias, *sine persona esse non potest*. Como dice Vieira (2008, p. 743), el usufructo nace para providenciar alimentos, básicamente, a la viuda, tomando en cuenta que, en esa época, la ley sucesoria no admitía la transmisión *mortis causae* de bienes a favor de la mujer. El usufructo, en esa línea, satisfacía la finalidad alimenticia de aquella.

Giovanni Pugliese (1972, 2013, p. 317) considera que el usufructo tiene antecedentes en el derecho griego y sus trazos fundamentales fueron conferidos por el derecho romano. Surge entre los siglos III y II antes de Cristo, con el fin de atribuir a la viuda un medio de subsistencia sin afectar la cuota de los descendientes y otros herederos. A fines del siglo II e inicios del I, el usufructo adquiere la naturaleza de *ius in re aliena*, distinguiéndose de la propiedad, de la cual era vista como un componente.

En el derecho romano, como refiere Álvarez Caperochipi (1986, p. 245), el usufructo nace como un derecho de sobrevivencia con un notorio carácter alimenticio. Pretende garantizar por parte del *pater familias* la posición económica de la viuda y de los menores e incapaces conservando la unidad del patrimonio familiar al excluir al usufructuario de la comunidad hereditaria. Asimismo, la desmembración del dominio se explica como medio de evitar que la viuda sea responsable de la gestión siempre incierta de los herederos (Álvarez Caperochipi, 1987, p. 18).

Originariamente, en el período clásico, por su carácter de servidumbre personal (*servitutes personarum*), se excluían del usufructo las cosas consumibles (*usus minuuntur*). Con el derecho pretorio se introdujo la *cautio usufructuaria* que extiende el usufructo a las cosas consumibles y, en general, amplía el disfrute a todos los provechos de la cosa compatibles con la conservación de la *species rei*.

La época medieval, caracterizada por el debilitamiento de los gobiernos centrales y la autarquía de las regiones, motivó un acrecentamiento de las desmembraciones de la propiedad, entre ellas, el usufructo. Las diversas modalidades de desmembración surgidas en la Edad Media trajeron consigo considerable atraso en el desarrollo económico de los bienes raíces, trabando su circulación (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 360).

En este estado de cosas, el usufructo comenzó a revertirse con la desaparición del feudalismo y tomó un impulso decisivo con el advenimiento de la Revolución francesa. Desde esos tiempos, paulatinamente, la propiedad ha venido consolidándose y han ido desapareciendo las excesivas desmembraciones, de manera que cada vez se afecta menos la propiedad, sin que ello signifique desconocer los medios de ceder parte de sus atributos a terceros. Así, a decir de Arias Schreiber Pezet (2006, p. 360), el usufructo continúa teniendo plena vigencia, pues responde a necesidades que aún continúan en la actualidad. Es más, en los últimos tiempos se ha repotenciado, después de haber —casi— caído en desuso a inicios del siglo XIX; hoy se presenta como un eficiente derecho real, que permite a terceros obtener ventajas de un bien.

## 3. Etimología

*Usufructo* viene del latín *usufructus*, gozar de la propiedad ajena. Es la unión de dos sustantivos:

- *Usus*, que procede del verbo *utor* (verbo *uti* 'utilizar'), actitud de servirse de una cosa como instrumento para procurarse una satisfacción.
- *Fructus*, que equivale a una acción (del verbo *frui* 'gozar'), cuya raíz se relaciona con *fruor* y *frao* o *frango*, que significa partir una cosa con los dientes, que es la forma más primitiva de encontrar en una cosa una causa de satisfacción; luego pasó a designar el objeto —como bien directo— con idoneidad para satisfacer la necesidad (Musto, 2000, p. 11; Venezian, 1928, p. 1).

La unión de estos dos vocablos viene a significar el beneficio o utilidad total que se obtiene de una cosa.

## 4. Concepto

Es un sacar provecho a un bien.

Una de las formas de desmembramiento temporal de la propiedad más característica.

Usar y disfrutar. Utilizar, emplear y aprovechar, servirse de un bien sin alterarlo, es la base de este derecho real.

El usufructo sigue a la propiedad en orden decreciente de contenido. Podemos decir que lo que más se asemeja a la propiedad es el usufructo, pero en una versión reducida, una minipropiedad. Solo comprende las facultades de usar y gozar (atributos) un bien respetando la esencia (materialidad) y el destino económico de la cosa (finalidad); en otras palabras, el usufructuario carece del *ius disponendi* sobre el bien.

El carácter absoluto de la propiedad se trata del derecho real de contenido más amplio y completo, es el derecho real mayor. El usufructo es el más amplio derecho real de uso y disfrute sobre cosa ajena (Lôbo, 2015, p. 253). Es más, cuando se somete un bien a usufructo, se dice que la propiedad se transforma en un derecho vacuo, vacío, de allí que se le denomine nuda propiedad y nudo propietario, es decir, propietario desnudo, a quien cede un bien en usufructo.

El usufructo contrae a la propiedad. El usufructuario adquiere las facultades de uso y disfrute; el propietario solo queda con la facultad de disposición (desnudo), una facultad residual. Luego, cuando se extingue el usufructo, la propiedad se expande, regresando el uso y disfrute al propietario (vestido).

Al cesar el derecho real de disfrute sobre la propiedad, esta (re)adquiere su dimensión original, su plenitud, el dominio completo —*alodialidad*—; pasa a ser, nuevamente, una propiedad plena con todos sus atributos, dejando de ser nuda propiedad. Esto se relaciona con la característica de elasticidad de la propiedad. Se contrae con el usufructo y se expande al cese. Por el usufructo, la propiedad decrece y crece.

## 5. Denominación

Dominio imperfecto o desmembrado, propiedad no plena. Su denominación es uniforme, salvo una que otra como derecho a los frutos o derecho a la utilidad de la cosa (Gatti y Alterini, 1998, p. 98).

## 6. Definición

La clásica definición de Paulo[1] nos dice: "*Usufructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia*", es decir: "El usufructo es el derecho de usar la cosa de otro y de percibir los frutos sin alterar la sustancia".

Según Pacheco (1872, p. 90), el usufructo se entiende como derecho de usar y gozar, *ius utendi et fruendi*; es la facultad de percibir todos los frutos, por sí mismo, o por medio de otra persona, y la de hacerse poner en posesión de la cosa. Para Maisch (1980, p. 95), es el contrato por medio del cual el propietario cede al usufructuario el derecho de usar y percibir los frutos del bien, con la obligación de entregar la cosa al vencimiento. Si el bien fuera fungible, se deberá entregar otro, pero de la misma clase que el recibido.

De acuerdo con Ramírez Cruz (2017, p. 36), el usufructo es el derecho real de hacer suyos los frutos del bien ajeno (mueble o inmueble) y de usar el bien de manera temporal y con limitación de salvaguardar el destino económico. Para González Linares (2012, p. 709), es un derecho real temporal sobre bienes de propiedad ajena a fin de ejercer solo los derechos de uso y disfrute, con la obligación de conservar la forma y sustancia del bien, el cual debe ser restituido al nudo propietario concluido el plazo, si el bien es no consumible.

Mariani de Vidal (2004, p. 406) considera que el usufructo es el derecho de usar y gozar de las cosas ajenas dejando a salvo su sustancia. De la misma manera, Albaladejo (1983, p. 7) indica que el usufructo es aquel derecho real a disfrutar completamente una cosa ajena, sin alterarla. A decir de Messineo (1954, p. 465), es el derecho de hacer propio el derecho (en sentido amplio y comprensivo del goce y del uso en especie y de los frutos) sobre el bien, salvo los límites establecidos por la ley y, en todo caso, salvaguardando el destino económico, *salva rerum substantia*. Para Teles de Menezes Leitão (2012, p. 317), el usufructo es un derecho real menor que atribuye la plenitud de facultades de goce relativas a la cosa, de forma temporal, y no permite al usufructuario alterar su forma y sustancia.

El usufructo es un derecho real derivado y confiere las facultades de usar y disfrutar, temporalmente, de un bien ajeno. Sin perjuicio de ello, se puede excluir, contractualmente, determinados provechos y utilidades del disfrute del que debe gozar el usufructuario (*vid.* artículo 999, párrafo 2).

---

1 D.7,1,1. Justiniano en sus *Instituciones* (Lib. II, Tít. IV, De *usufructus*, proemio) se la atribuye a Paulo.

El usufructo es el derecho real de hacer propios los frutos (*fructus*) del bien ajeno, inmueble o mueble, y de usar el bien, esto es, de obtener de él toda otra posible utilidad directa (*usus*), sin afectar su esencia.

## 7. Características

Entre las principales características tenemos:

– ***Es un derecho real***

Es un *propium ius* de naturaleza real, como expresaría Bonfante (citado por Vieira, 2008, p. 771). Es reconocido por el Código. Le confiere un trato especial y autónomo, consagrando temas como definición, formas de constitución, características, efectos, derechos del usufructuario, el cuasiusufructo, extinción y modificación del usufructo.

Para Borda (2008, p. 5) y Lafaille y Alterini (2011, p. 70), es un derecho que el titular tiene de forma directa sobre la cosa sin intermediación del propietario.

– ***Es un derecho autónomo***

Es un derecho real principal. Tiene existencia *per se*. No depende ni es accesorio de otro (como son los derechos reales de garantía: hipoteca o prenda mobiliaria). Así, Musto (2000, p. 12) explica que "el usufructo, dado que no depende para su existencia o permanencia de otro derecho, como, por ejemplo, la hipoteca, no es un derecho accesorio. Reviste, por lo tanto, el carácter de principal y autónomo".

Algunos sostienen que se trata de un derecho real derivado, porque de la propiedad se derivan otros y todos los derechos reales (usufructo, uso, habitación, etcétera, así como las garantías) desmembrados de ella (derechos reales relativos o limitados). Sin embargo, para De la Mata y Garzón (2014, p. 361), la nuda propiedad es un derecho distinto a la propiedad.

A la hora de la hora, todos los derechos reales sobre bien ajeno derivan de la propiedad. Esta es la base de aquellos.

– ***Es un derecho real sobre cosa ajena***

La alienidad, la ajenidad, es el presupuesto de todos los derechos reales limitados (Rivero Hernández, 2010, p. 61). Gozo el bien de otro, *alieni rebus*. El usufructo solo puede existir sobre cosas de otro, *nemine res sua servit* (Rojina Villegas, 2014, p. 123). Nadie puede limitar su derecho en beneficio propio; el usufructo no puede ser ejercido sobre cosa propia, de allí que la calidad de

nudo propietario y la de usufructuario deben recaer sobre distintos sujetos (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1991, p. 129).

Teles de Menezes Leitão (2012, p. 319) señala que es un derecho no exclusivo al incidir sobre cosa o derecho ajeno. El usufructuario no es dueño, solo goza el bien del nudo propietario. Dos sujetos con dos derechos reales distintos (nuda propiedad y usufructo) sobre un mismo bien, no hay un doble dominio, *pars dominii*[2], sobre la misma cosa (Díez-Picazo y Gullón, 1985, p. 375). Existe una pluralidad de sujetos y derechos, pero hay unidad de objeto. Para Ternera Barrios (2015, p. 307), "se suscita así una hipótesis de concurrencias de dos derechos reales sobre idéntico objeto"[3]. Los derechos de propiedad y usufructo coexisten como verdaderos derechos reales principales radicados en la misma cosa. El usufructuario es titular de su derecho de usufructo y el nudo propietario de su derecho de propiedad. Al ser derechos reales principales y distintos, no existe comunidad entre el nudo propietario y el usufructuario (Velásquez Jaramillo, 2014, p. 460).

Es una desmembración del derecho de propiedad. Constituido el usufructo, el propietario ya no puede usar ni gozar de la cosa; se restringen sus facultades, estando la cosa gravada con este derecho real. Lôbo (2015, p. 253) considera que la nuda propiedad no es una propiedad condicional, sino plena; el usufructo, como cualquier derecho real limitado, importa la restricción del ejercicio del contenido de la propiedad, mas no su reducción. El nudo propietario sufre una restricción de uso y disfrute de la cosa, pero mantiene su derecho de propiedad, pudiendo alienar o disponer con tales cargas.

El usufructo es un derecho subjetivo real que consiste en una relación inmediata entre el sujeto y la cosa, en mérito del cual el sujeto tiene un poder directo sobre la cosa, no simplemente frente a ella. Se considera este objeto como centro de gravitación de derechos patrimoniales, gravitación que para el usufructo, como para otros derechos reales, es inmediata y directa, en vez de realizarse a través de otros por trámite comportamental (De Cupis, 1992, p. 1111). El usufructo es un derecho real, toda vez que existe una relación directa entre el usufructuario, el bien fructuario y el nudo propietario. Según Salvat (1946, p. 156), el usufructuario "entra en relación directa e inmediata" con la cosa, "lo cual constituye el carácter esencial de los derechos reales", lo que Díez-Picazo y Gullón (1985, p. 375) llaman la inmediatividad. Ahora

2 *Dominus propietatis* y *dominus usufructos*, y así lo discutía Bonfante con su estricto criterio romanista.

3 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Casación, 16/5/2008.

bien, Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, p. 439) precisan que el usufructo supone la coexistencia de dos clases de relaciones posesorias: la mediata del nudo propietario y la inmediata del usufructuario.

El nudo propietario tiene la facultad de disposición, mientras que el usufructuario mantiene la directa e inmediata injerencia sobre el bien a través de uso y disfrute; el propietario se queda tan solo con la titularidad dominial, carente de contenido económico o productivo del bien (González Linares, 2012, p. 703). De la Mata y Garzón (2014, p. 327, nota 5) explican que este derecho de disposición será la mayor parte de las veces meramente ilusorio, pues todo adquiriente de propiedad está obligado a respetar el derecho del usufructuario, por lo que difícilmente encontrará un comprador. El ejemplo más claro del *ius disponendi* es el que se produce como *fuerza de prohibición* al representar un obstáculo a las transformaciones que el usufructuario quiera realizar en la cosa.

– ***Es un derecho de goce***

Es un derecho real de disfrute. Este es el aspecto positivo del usufructo.

Es un derecho real limitado, porque no otorga todas las facultades al titular; comprende solo el uso y goce (*usus* y *fructus*) a favor del usufructuario, lo que representa la esencia del usufructo. No es un derecho amplio o ilimitado como la propiedad, que confiere todas las facultades.

Luego de la derogación de la enfiteusis[4], el usufructo se presenta como el derecho de goce, el derecho sobre cosa ajena más amplio y extenso de todos. Es, a decir de Rivero Hernández (2010, p. 44), el prototipo de derecho real de goce en cosa ajena de contenido general. A través de él se goza de todos los frutos naturales y civiles de la cosa. Nada impide que el goce sea pleno (total) o restringido (parcial), parte de los frutos o algunos usos de la cosa.

Ahora bien, claro está, no es un goce y disfrute irrestricto, sino que está limitado:

- Por acuerdo entre las partes.
- Por un uso adecuado que no alterare la sustancia del bien.
- Por el ejercicio regular de los derechos reales, básicamente tomando en cuenta el interés social, aplicando en analogía el artículo 923. A pesar de hacer un uso regular del bien, este puede sufrir algún tipo de deterioro, salvo el caso del desgaste natural (pérdida de valor de uso), por

4 Regulada en el Código Civil de 1852 (artículo 1886).

ejemplo, de un auto o una casa. En esta situación, el usufructuario no está obligado a pagar los deterioros (Penteado, 2008, p. 499).

Cabe la posibilidad de que las partes, en forma voluntaria, excluyan determinados provechos y utilidades del bien (artículo 999, párrafo 2). Las partes pueden constituir usufructo con ciertos límites (no gozar de ciertos provechos o utilidades), pero no pueden constituir usufructo que solo tenga esos límites (gozar solo de ciertos provechos o utilidades) (Gonzales Barrón, 2013, pp. 1768-769). Consideramos que ambos implican una limitación del uso del bien y que, de alguna manera, podrían desnaturalizar el usufructo. De esta forma, sería válido pactar en estos términos: "Tienes todo, menos estos provechos", y no así pactar en el sentido de decir: "Tienes solo estos provechos".

– ***Recae sobre bienes no consumibles***

Son bienes no consumibles aquellos que admiten un uso reiterado (ropa, artefactos, enseres, inmuebles). Dentro de los no consumibles están los bienes:

- *Duraderos*, que no se degradan por el uso (estatua, casa).
- *Deteriorables*, porque su uso regular importa detrimento (ropa, autos).
- *Corruptibles*, que deben consumirse en un tiempo brevísimo (frutas, medicamentos).

– ***Usar sin alterar sustancia***

Es un derecho que recae sobre la utilidad.

Tiene un límite en la forma de uso y disfrute. El usufructuario debe usar la cosa según los usos y práctica del *dominus* (Vieira, 2008, p. 751), respetando la estructura externa y el destino económico de la cosa al momento de la delación del usufructo (Alessandri *et al.*, 1991, p. 160).

La sustancia es un término filosófico que, *prima facie*, es el fundamento del ser (Velásquez Jaramillo, 2014, p. 475). Las facultades que otorga el usufructo son de usar y gozar, pero sin alterar la sustancia del bien, *salva rerum substantia*[5], sin afectar su esencia y finalidad; debe permanecer su destino, *i. e.*, obtener un provecho sin variar el contenido. El *Code* refiere: "El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos, como el mismo propietario, con la obligación de conservar su sustancia" (artículo 578), mientras que el Código Civil y Comercial argentino nos dice que "hay alteración de la

5 *Instituciones* de Justiniano, D.7.1.1.

sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba" (artículo 2129).

Como afirma De Ruggiero (1929, p. 674), el usufructo es el derecho real que atribuye al titular el poder gozar de la cosa ajena, como podría gozarlo el propietario, con la limitación de que debe conservarse la sustancia a fin de que, una vez concluido el usufructo y recobrado el bien, el propietario pueda seguir usándolo.

Esta característica va de la mano con el carácter temporal. La restitución del bien al propietario debe ser preservada, haciéndose necesario que el usufructuario se abstenga de alterar sustancialmente el bien (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 361), de forma que el propietario, producida la restitución del bien, pueda seguir sacando provecho económico del mismo, lo que el *Códice* y el *BGB* llaman *respetar el destino económico del bien* (artículo 981 y artículo 1036, respectivamente).

Se trata de la obligación de no hacer, *non facere*. Una delimitación negativa del tipo legal de usufructo —propia de él— es que el goce está sujeto a ciertos parámetros.

Borda (2008, p. 6) cita dos ejemplos en los que se recibe un bien en usufructo, pero se cambia su destino:

- Cuando recibo un viñedo y lo transformo en un campo de pastoreo.
- Cuando recibo un automóvil, pero lo desarmo para utilizar sus piezas en la reparación de otros vehículos.

El mismo autor considera que, si bien el usufructuario tiene derecho de rotación agraria, en caso de haber recibido un fundo, no puede perjudicar el uso de la tierra utilizando granos o cultivos que la deterioren (degradación del suelo), o transformar un pastizal en un campo de golf, o cambiar de uso la casa concedida para vivienda, convirtiéndola en una oficina o una *boîte*. De hacerlo, deberá reparar los daños causados (Borda, 2008, pp. 24-25).

El usufructuario debe conformarse con el estado económico de la cosa que el propietario definió en el momento de constitución (Vieira, 2008, p. 755).

El propietario puede autorizar al usufructuario el cambio, como alterar el destino del económico del bien (Vieira está en contra; a favor, Pugliese). En la línea de la autonomía de la voluntad y del aprovechamiento dinámico de la cosa, esta no puede mantenerse —siempre— a expensas de las necesidades del titular. Puede ser —y de hecho lo es— que el usufructuario le encuentre otros destinos más eficientes y rentables.

Como bien aclara González Linares (2012, p. 713), nuestro Código nada dice al respecto. No obstante, debemos entender que la esencia de este derecho real, usar y gozar un bien ajeno, implica la obligación del usufructuario de explotar el bien en la forma normal y acostumbrada (artículo 1008) a fin de devolverse en las condiciones para que el *dominus* pueda sacarle el mismo provecho. En similar sentido, Ramírez Cruz (2017, p. 36) indica que el artículo 999 considera todos los caracteres del usufructo, pero nada dice de que deba conservarse la sustancia del bien; sin embargo, en el fondo, lo hace con otras palabras al afirmar que recae sobre bienes no consumibles, lo que significa que debe haber uso y disfrute, pero conservando el bien. En esta característica confluye el aspecto positivo (disfrutar el bien) con el aspecto negativo (no variar la sustancia el bien) del usufructo.

Pero la realidad de las cosas no es lo que la dogmática indica ni lo que la ley manda. Como señala Ramírez Cruz (2017, p. 35), es impreciso e inexacto decir que la sustancia no se debe alterar; basta la más pequeña e insignificante intervención en un bien para que la sustancia sea afectada, la más mínima intervención de uno cambia el bien.

– ***Es un derecho temporal***

Es provisional por *esentia*.

Tiene un límite en el tiempo de uso y disfrute. Es un derecho real circunscripto en el tiempo (Lafaille y Alterini, 2011, p. 71). Esta característica es razonable dentro de una concepción romanista, basada en la división en el tiempo de la utilización y disfrute de los bienes con el goce actual de una persona y un aprovechamiento futuro de otra (Rivero Hernández, 2010, p. 64).

Está sujeto a plazo. Su duración es determinada, limitada, *ad tempus*. Para Borda (2008, p. 6), el carácter temporario es la esencia de este derecho. Si se estableciera con carácter permanente o perpetuo, se produciría una división en el dominio útil y el dominio directo, siendo esto lo que la ley quiere evitar.

Tiene un momento de inicio y un momento de fin. El plazo de inicio, como precisa Borda (2008, pp. 79 y 80), es desde que el usufructuario entra en goce del bien. El plazo final puede ser un plazo máximo (sujeto a un tiempo) o un plazo vital (la vida del usufructuario) que se da en el usufructo vitalicio. Puede ser variado: días, meses, años, o determinado (edad o sujeto a condición). Ningún plazo o condición resolutoria podría extender la duración del usufructo; *a contrario sensu*, se produciría un desmembramiento demasiado prolongado de la propiedad (Borda, 2008, p. 19). Como dicen Díez-Picazo y Gullón (1985, p. 377), se trata de una regla de derecho imperativo, en cuanto vela por el orden público económico en el que pieza importante es la propiedad.

El usufructo es un desmembramiento del derecho de propiedad y, por lo tanto, es de carácter netamente provisorio, temporario; lo contrario significaría escindir el dominio, desnaturalizando la institución en sí misma. No podemos disociar de forma indefinida el dominio útil del dominio directo. La separación perenne sería antieconómica e inconciliable con el verdadero concepto de propiedad (Lafaille y Alterini, 2011, p. 72). Limitar el plazo, a decir de Ferradas Reyes (2011a, p. 477), impide un desmembramiento demasiado prolongado de la propiedad. Según Pereña (2005, p. 35) y Alessandri *et al.* (1991, p. 128), es un derecho destinado fatalmente a extinguirse. A diferencia de la propiedad, que es perpetua y que, por tanto, se torna en inalienable, el usufructo tiene duración limitada; el tiempo se contrae a un lapso, un ínterin. Terminado el plazo, el bien regresará al nudo propietario y se consolidará la propiedad que en su momento estuvo desmembrada.

Si tiene un plazo determinado, no se puede extender más allá del término del mismo, pero puede concluir antes si el usufructuario fallece, pues este derecho real es, también, personalísimo.

Cualquier derecho de usufructo constituido por un plazo mayor al consagrado en la ley, con base en el principio de conservación del acto, será indefectiblemente reducido a los plazos máximos (Ferradas Reyes, 2011a, p. 478) o imperativamente ajustado al término legal: *utile per inutile non vitiatur*[6], es decir, lo útil no puede ser viciado por lo inútil (Díez-Picazo y Gullón, 1985, p. 377).

Es importante precisar que si bien el usufructo no podrá ser perpetuo, sí podrá ser vitalicio, en cuyo caso su limitación está dada por la duración de la vida del usufructuario (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 361). Si se omite fijar un tiempo, se entiende constituido el derecho por toda la vida del usufructuario (vitalicio) (Alessandri *et al.*, 1991, p. 147).

En definitiva, el usufructo, al estar sujeto a un plazo (hecho futuro y cierto que siempre llega), fatalmente debe terminar. Cumplido el mismo, las facultades regresan al nudo propietario, consolidándose la propiedad.

### *Plazo del usufructo en la persona jurídica*

El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de treinta (30) años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a este, puesto que el usufructo es temporal, mientras que la persona jurídica tiende a permanecer en el tiempo. Respecto del plazo indicado aplicado

6 Esta máxima ha sido extraída de textos romanos de Ulpiano, Justiniano, Gayo, Aquilio y Pomponio.

a la persona jurídica usufructuaria, podemos intuir que se trata de la vida productiva que tiene una persona (artículo 1001).

***Plazo del usufructo en los inmuebles monumentales***

Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del Estado, que sean materia de restauración con fondos (puesta en valor) de personas naturales o jurídicas, el usufructo que constituya el Estado en favor de estas podrá tener un plazo máximo de noventa y nueve (99) años (artículo 1001).

– ***Es transferible***

***Antecedentes***

En el derecho romano, el usufructo fue inalienable, intransmisible, por su carácter temporal y personalísimo (Gonzales Barrón, 2013, p. 1804). En el derecho contemporáneo, hay dos tendencias:

***Transferible***

Es seguida por el *Code* (artículo 595). Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, p. 449) consideran que el usufructo es siempre un derecho patrimonial que se encuentra en el comercio.

La regla que consagra el Código es que el derecho real de usufructo, con excepción del legal, puede ser transferido a título oneroso o gratuito, o ser gravado, respetándose su duración (dentro del límite máximo de su temporalidad) y siempre que no haya prohibición expresa (artículo 1002).

Arias Schreiber Pezet (2011d, p. 479) explica que el objeto de transferencia es el *derecho* de usar y disfrutar temporalmente los bienes ajenos, y no estos en sí mismos, de allí que lo más conveniente es hablar de *cesión del usufructo*. Esta misma lógica se aplica para el gravamen, *i. e.*, se grava el derecho de usar y disfrutar, no los bienes en sí (p. 480); dependiendo del caso, pueden ser hipotecados o prendados.

Precisa Lafaille, en nota especial de Alterini (2011, p. 121):

> En la cesión del derecho de usufructo se transmite el derecho real, que cambia de titular al pasar del cedente al cesionario; en la cesión del ejercicio el cesionario solo recibe un derecho personal que lo autoriza a reclamar al usufructuario el uso y goce de los frutos de la cosa, es decir que no hay transmisión del derecho, sino que se ceden las facultades que él otorga, quedando subsistentes las relaciones originarias con el nudo propietario.

Las características y delimitaciones originarias del usufructo se mantienen; no pueden ser variadas por el acto de cesión. Por ello, se dice que el

usufructuario no puede ceder más derecho del que posee, *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, que quiere decir: "Nadie puede transmitir a otro más derecho del que posee o tiene".

No se requiere, para transferir o gravar, el asentimiento o intervención del nudo propietario; basta la voluntad e intervención del usufructuario para realizar estos actos (Arias Schreiber Pezet, 2011d, p. 480). Operan en forma no recepticia. Para Gonzales Barrón (2013, p. 1806), con base en los principios generales, debe concluirse que la notificación no es necesaria, en razón de que, y tratándose de derechos reales, el poder se adquiere de forma directa sobre el bien.

Debe considerarse que, por su carácter temporal, el usufructo no es transmisible por muerte del usufructuario; su deceso marca la extinción. El usufructo no puede transmitirse vía testamentaria o *ab intestato* a favor de sus herederos; si fuera ese el caso, se contrariaría la norma.

***Intransferible***

Es seguida por el *BGB* (artículo 1059). Su ejercicio es transferible, el derecho no. Penteado (2008, p. 487) indica que el usufructo como derecho real es personalísimo, por lo que no puede ser alienado ni transferido. En efecto, con relación a su titular es esencialmente personal, pero ello no quiere decir que sea plenamente intransferible.

En todo caso, lo que puede transferirse es el ejercicio, utilidad o emolumento del usufructo. Como dice Gomes (2012, p. 311), su ejercicio puede ser cedido, pero el derecho *per se* es intransmisible; solo es transferible el derecho de usufructo al nudo propietario, jamás a un tercero. En una posición más rígida, Borda (2008, p. 36) considera que, siendo el usufructo un acto *intuitu personae*, resulta evidente que el usufructuario no pueda cederlo, liberándose de toda obligación, sin contar con el consentimiento del nudo propietario. De darse el consentimiento, se producirían dos actos: extinción del usufructo originario frente a la constitución de un nuevo usufructo.

Esta regla determina que, en caso de cesión del usufructo, se preserva o, mejor dicho, subsiste el nexo del usufructuario (cedente) con el nudo propietario (cedido) en mérito de la relación jurídico-real originaria. Castañeda (1958, p. 132) nos dice que, si bien no se puede enajenar el derecho, pero sí el ejercicio, el usufructuario cedente es el responsable ante el nudo propietario. De esta manera, las responsabilidades ante el nudo propietario y terceros corresponden exclusivamente al usufructuario. El cedido (usufructuario cesionario) solo tiene derechos personales derivados del contrato de cesión de usufructo respecto de su cedente (usufructuario cedente), no pudiendo

desconocer que su derecho sea oponible a terceros. No obstante ello, el nudo propietario podrá tomar acciones contra el patrimonio del usufructuario en defensa de sus intereses (Penteado, 2008, p. 498).

Los que sí pueden ser transferidos o gravados, libre y plenamente, son los frutos, ya que corresponden *in toto* al usufructuario.

– ***Es un derecho divisible***

Examinada la utilidad que puede obtenerse de las cosas, se desprende que el provecho es divisible. Esa división puede referirse a las partes de la cosa o a partes de la utilidad misma. Pero en definitiva, a decir de Peñailillo (2006, p. 201), esta divisibilidad queda determinada por la naturaleza de cada cosa y la utilidad que ella provea.

Para Borda (2008, p. 6), el provecho es divisible, puesto que puede ser constituido a favor de varias personas de forma simultánea. Es lo que Ternera Barrios (2015, p. 314) llama *comunidad de usufructos*, de donde surge el derecho de acrecer (usufructos simultáneos).

– ***Excepción a la regla de la tipicidad***

Pueden excluirse del usufructo determinados provechos o utilidades, lo que hace del usufructo un derecho real especial, en la medida en que las partes pueden medir (delimitar y establecer) sus alcances. En el usufructo pueden restringirse ciertos beneficios de manera tal que estos queden en favor del usufructuante; así, el usufructuario no tendría pleno disfrute del bien, sino que puede ser que tenga un uso y disfrute parametrado por las partes (artículo 999).

> Artículo 999.- El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno. *Pueden excluirse del usufructo determinados provechos y utilidades.* El usufructo puede recaer en toda clase de bienes no consumibles, salvo lo dispuesto en los artículos 1018 a 1020.

## 8. Naturaleza jurídica

Entre las diversas teorías que analizan la naturaleza jurídica del usufructo tenemos:

– ***Es un derecho real***

Es un derecho real típico. En especial, un derecho real de goce de bien ajeno.

El derecho real de goce contiene un vínculo jurídico entre usufructuario y dueño de la cosa: el primero goza de ella por obra de su derecho, por

su titularidad, que lo coloca en relación directa con el bien. Díez-Picazo y Gullón (1985, p. 375) afirman que el usufructo como derecho real limitativo del dominio es el paradigma de este tipo de derechos; esto quiere decir que de todos los derechos de goce el usufructo es el más representativo.

Esta es la teoría más precisa. Empieza a ser tratada con el Código de 1936 y se mantiene con el Código de 1984.

– ***Es un derecho personal***

Quienes defienden esta postura otorgan al usufructo una naturaleza negocial. De acuerdo con este criterio, el usufructo se asemeja al arrendamiento y al comodato en su carácter contractual, netamente negocial.

– ***Es una servidumbre personal***

Es el criterio seguido por los romanos, *servitutes personarum*.

Para Lafaille y Alterini (2011, p. 5), "la servidumbre personal es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión del inmueble, y que acaba con ella" (artículo 2972 del Código argentino de Vélez), posición que ha sido dejada de lado. El usufructo se establece sobre una cosa en beneficio de cierta persona.

Como señala Gama (2011, p. 533), el usufructo, el uso y la habitación fueron denominados servidumbres personales, en razón del provecho que proporcionan al titular del derecho real, a la persona —*personae cohoeret*—, y no a la cosa, diversamente de lo que sucede con las servidumbres prediales, que favorecen al bien. Sin embargo, González Linares (2012, p. 706) menciona que en los ordenamientos jurídicos civiles modernos ha sido proscrita o suprimida la servidumbre personal de usufructo, asignándosele a este derecho real un trato autónomo y distinto. Nuestro Código de 1852 (artículos 1081 y 1082) asumía la tesis de que el usufructo era una servidumbre.

– ***Es una carga***

Implica una afectación patrimonial sobre un bien. Es, básicamente, una carga real, no un gravamen; estos se aplican para los derechos reales de garantía[7].

---

7 La Resolución N.º 137-2007-SUNARP-TR-T, del 19/07/2007, considera que la doctrina identifica el gravamen real con carga real, ya que lo sustancial en ambos casos es la situación de sujeción del titular de un derecho real frente al titular de otro derecho que recae sobre el mismo bien; en esta línea, los trata como sinónimos.

Según Avendaño Arana (2003, p. 541): "La diferencia entre gravámenes y cargas consiste en que los gravámenes dependen de una obligación accesoria, la que de incumplirse puede conllevar a la venta del bien afectado. […] En las cargas, en cambio, no hay obligación garantizada". Solo hay la delimitación en el uso o disfrute de un bien.

Entre todas estas teorías, podríamos decir que el usufructo es un derecho real de goce sobre cosa ajena.

## 9. Importancia

Vistos sus orígenes romanos, fue a inicios y hasta mediados del siglo xx cuando se puso en tela de juicio la importancia del usufructo. Romero Romaña (1947, pp. 237-238) expuso que había una tendencia a suprimir esta figura real, fundada en que los desdoblamientos de la propiedad no son convenientes desde el punto de vista económico. Este criterio fue seguido por la Comisión Reformadora del Código de 1936, en voz de Alfredo Solf y Muro, y se propuso la supresión por la poca importancia del usufructo. No obstante, por tradición y vigencia en el derecho comparado, se mantuvo, lo cual fue sostenido, además, doctrinariamente, por Castañeda (1958, p. 109).

Hoy por hoy, el usufructo es el derecho de uso y disfrute más importante de nuestro ordenamiento jurídico que sobre cosa ajena puede constituirse. Si en sus orígenes se estableció por actos *mortis causae*, a la fecha se forma por actos *inter vivos*. El *dominus* piensa sacar provecho directo del bien *in vivo*, no luego de su fallecimiento. Hay un giro de 360º. Este derecho real es una figura legal que reviste cada vez mayor valor y eficiencia por la función económica que está llamado a cumplir. El usufructo disputa posiciones con el arrendamiento en temas como uso, goce y destino del bien, plazo y aspectos impositivos, dependiendo de cada negocio aplicar la opción entre uno u otro.

El usufructo permite, sin necesidad de ser el propietario, el uso y disfrute de un bien ajeno de forma gratuita u onerosa, por un tiempo determinado.

En el caso hipotético de que se suprimiese la propiedad, el usufructo pasaría a ser el derecho real de contenido más amplio. Es más, cuando se somete un bien a usufructo, se dice que la propiedad se transforma en un derecho vacuo (vacío), de allí que se le denomine nuda propiedad (propiedad desnuda), así como nudo propietario a aquel que se despoja de un bien en usufructo. También, y a causa de ello, se le conoce al usufructo como dominio imperfecto o desmembrado.

## 10. Elementos

Los elementos que componen el usufructo son el subjetivo, el objetivo y el temporal.

### *10.1 Subjetivo*

Son los sujetos. Es el aspecto personal. Lo constituyen las partes, es decir, aquellos que intervienen en el usufructo. Es el aspecto de interrelación entre quienes disponen del derecho y la facultad sobre el bien fructuario.

#### 10.1.1 Nudo propietario

Llamado antiguamente *dominus propietas*, es quien tiene dominio de la cosa fructuaria. Es el propietario de raíz. Es el sujeto pasivo determinado.

Es aquel que se desprende de la posesión y del derecho de uso y goce de una cosa a favor de otra persona, manteniendo la facultad de disposición. A decir de Alessandri y Somarriva (1974, p. 128), el nudo propietario tiene un derecho teórico.

Se habla de *nuda proprietas* (Gayo), nuda propiedad o propiedad desnuda: *naked property*, *nue propriété*, una propiedad pobre —pero propiedad al fin—. Se dice, así pues, que el propietario tiene derechos limitados sobre el bien. No ostenta la posesión inmediata ni, por tanto, el uso y disfrute directo del bien por haberlo cedido al usufructuario. El propietario se sustrae del uso y goce, y se los empodera a un tercero, quien pasa a tener la relación directa y posesión mediata con el bien. La nuda propiedad surge cuando sobre la cosa recae algún tipo de derecho real de goce y disfrute (usufructo, uso o habitación, que corresponde al usufructuario, usuario o habituario, respectivamente).

El *dominus propietas* deberá ser, además de propietario, capaz de ejercicio y titular de la facultad de disponer libremente del bien. El usufructo implica el ejercicio del *ius disponendi* del *dominus*.

El nudo propietario puede ser persona natural o persona jurídica. Puede actuar a título propio o por representación. Según autorizada doctrina:

> […] el constituyente puede ser representado por otra persona, a cuyos efectos deberemos regirnos por las normas generales que establecen los artículos 145 y siguientes del Código Civil. Particularmente, habrá que tener en cuenta el precepto contenido en el numeral 156 de ese cuerpo legal, que para actos de disposición o gravamen se establece la obligatoriedad de que el poder conste en forma indubitable y por escritura pública, bajo sanción de nulidad. (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 365)

En caso de que se trate de un usufructo testamentario, la capacidad del *dominus propietas* deberá apreciarse conforme a las reglas contenidas en el artículo 687 del Código, referidas a la capacidad testamentaria.

Puede ser uno o más de uno, situación en la que se hablará de nudos copropietarios.

### 10.1.2 Usufructuario

Llamado antiguamente *dominus usufructus*, es el titular del derecho real de usufructo. El *fructuarius.* Es el beneficiario del usufructo. Es el sujeto activo.

Es quien tiene la posesión inmediata[8] del bien. Lo usa, goza y disfruta *agere licere*, con cargo de conservarla y restituirla al nudo propietario; actúa dentro de ciertos límites: no alterar la sustancia y su duración (De Cupis, 1992, pp. 1113-1114).

Para Gama (2011, p. 534), el fructuario contiene una ambulatoriedad pasiva al acompañar a la cosa que haya cambiado de titularidad. El carácter personalísimo del usufructo tiene como referencia al usufructuario y no al nudo propietario. Así, el polo activo del usufructo será permanentemente ocupado por la misma persona, lo que no ocurre con el polo pasivo, ya que la persona del nudo propietario no es relevante para la continuidad del derecho de usufructo.

El usufructuario puede ser persona natural o persona jurídica. Puede ser uno o más; sucesivo (uno después de otro), simultáneo (todos a la vez), alternativo (se van turnando) o divisible (varios respecto de un bien).

Así también, puede ser:

- Concebido
- Ente no personificado

Es preciso tener en cuenta que resultan aplicables al usufructuario las prohibiciones generales de adquirir derechos reales contenidos en el artículo 1366 del Código, relativas a diversas autoridades y funcionarios, respecto de los bienes sujetos a su intervención por razón de su cargo (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 368).

No requiere, necesariamente, que el usufructuario sea capaz de ejercicio.

---

8 Según Álvarez Caperochipi (1987, p. 18), en el derecho romano, el usufructuario no es poseedor, sino mero detentador, lo que muestra la concepción primera de que el usufructuario (legatario) disfruta de los bienes a través de la posesión del nudo propietario (heredero); en la misma línea van Lafaille y Alterini (2011, p. 69).

### 10.1.3 Constituyente

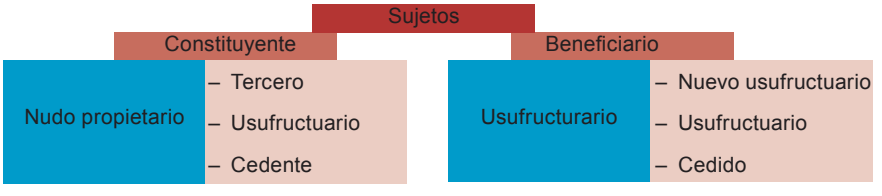
Puede que exista o no. Es aquel que da origen, quien otorga el derecho real. Por ejemplo, el usufructuario que cede su derecho a favor de otra persona; el heredero o albacea que, cumpliendo la última voluntad del testador, hace entrega del legado de usufructo a una persona.

***Clasificación de los sujetos***

Podemos clasificar a los sujetos con base en la constitución del usufructo:

- Constituyente
  - Nudo propietario (quien tiene la propiedad)
  - Usufructuario (cedente)
  - Tercero
- Beneficiario
  - Usufructuario
  - Nuevo usufructuario (cedido)
  - Usufructuario cedido

Así, tendríamos el siguiente esquema:




Dice Gama (2011, p. 533) que el usufructuario y el nudo propietario pasan a ser simultáneamente titulares de derechos reales diversos sobre la misma cosa: usufructo y propiedad, respectivamente. Dos derechos reales diferentes que recaen sobre una misma cosa (Ternera Barrios, 2015, p. 308).

***Pluralidad de sujetos***

Para Peñailillo (2006, p. 459), no hay inconveniente en que exista una pluralidad de sujetos en cada categoría:

- Puede haber dos o más usufructuarios.

– Pueden ser constituyentes dos o más copropietarios (nudos propietarios).
– Puede atribuirse la nuda propiedad a dos o más personas que la adquieren en común.

***Relaciones jurídicas derivadas del usufructo***

Para Rojina Villegas (2014, p. 124), en el usufructo se presentan dos tipos de relaciones jurídicas:

– Relaciones jurídicas entre el usufructuario y el propietario del bien, como sujeto pasivo determinado.
– Relaciones jurídicas entre el usufructuario y un sujeto pasivo indeterminado[9] (todo el mundo, la sociedad) que tiene la obligación de no hacer, abstenerse de ejecutar actos que perturben o que impidan el ejercicio del derecho real.

## *10.2 Objetivo*

Es la cosa fructuaria o usufructuada. El bien en sí. Es el aspecto material.

Puede constituirse usufructo sobre bienes y derechos:

| Objeto | Naturaleza | Casos |
|---|---|---|
| **Bienes** | Corporales (material) | – Muebles<br>– Inmuebles<br>– No fungibles y no consumibles. Usufructo perfecto<br>– Fungibles o consumibles (usufructo sobre dinero y créditos). Usufructo imperfecto o cuasiusufructo |
| **Derechos** | Incorporales (inmaterial) | – Usufructo de valores<br>– Usufructo de créditos<br>– Usufructo de derechos<br>– Usufructo de una empresa<br>– Usufructo de un patrimonio<br>– Usufructo de derechos de autor<br>– Usufructo de derechos intelectuales |

9 De la Mata y Garzón (2014, p. 326) lo llaman sujeto pasivo contingente universal.

Debe tratarse de bienes determinables. No cabe un usufructo sobre el íntegro de un patrimonio inidentificable. Lo que puede pactarse es un usufructo sobre una universalidad de hecho; en ese caso, el derecho real recaerá sobre las cosas que individualmente la componen. Por ejemplo, si entrego a Pedro en usufructo mi colección filatélica, él no es usufructuario de la colección, sino de cada una de las estampillas que la integran (Velásquez Jaramillo, 2014, p. 461).

Bien dice De Cupis (1992, p. 1118) que el usufructo verdadero y propio es aquel que tiene por objeto cosas deteriorables que, sin consumirse en un momento, se deterioran poco a poco: el titular del usufructo tiene derecho de servirse según el uso destinado de los objetos (respetando así su destino económico) y, al término del usufructo, debe devolver los mismos en el estado en que se encuentran.

Puede ser total o parcial, afectándose todo, parte o partes (divisible) del bien, sea de uno o de varios propietarios[10]. Respecto del usufructo sobre cuotas ideales que corresponde a uno de los copropietarios, el Tribunal Registral[11] considera que no procede, pues para ello se requiere que el predio haya sido objeto de división y partición; caso contrario, deberá presentarse los planos que identifiquen el área sobre la que recae el derecho, salvo que este se pueda determinar de los antecedentes registrales y el instrumento público de constitución de usufructo con la intervención de todos los copropietarios.

Deben ser bienes que estén en el comercio de los hombres, apropiables económicamente (Lôbo, 2015, p. 253). Borda (2008, p. 15) explica que el usufructo puede recaer sobre toda especie de bienes, incluso en aquellas cosas que no producen ninguna utilidad, eso en razón de que el usufructuario puede encontrar muchas formas de aprovechamiento, aunque fueran solo estéticas o de mero placer. En la misma línea, Albaladejo (1983, p. 49) apunta que "no es indispensable que la cosa sea fructífera, pues si no produce frutos, el derecho de usufructo sobre ella (que, en potencia, los haría del usufructuario) faculta para usarla y obtener cualquier otra utilidad que pueda prestar". Sin embargo, Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, p. 437) indican que solo son susceptibles de usufructo las cosas que tienen capacidad de producir de forma reiterada una utilidad; podemos decir que sean disfrutables.

---

10 Como señala Ferradas Reyes (2011b, p. 475), el usufructo puede recaer sobre una cuota si la propiedad es de una pluralidad de personas; así, se constituye sobre una cuota de copropiedad (Teles de Menezes Leitão, 2012, pp. 320-321). El usufructo puede recaer sobre la totalidad de la cosa, sobre una parte de la misma o sobre una cuota si la propiedad es de una pluralidad de personas (Díez-Picazo y Gullón, 1985, p. 378).

11 Resolución N.º 1230-2018-SUNARP-TR-L, del 24 de mayo del 2018, publicada en su portal web en la misma fecha. Además, se encuentra un interesante comentario en el artículo "¿Se puede registrar un usufructo sobre la cuota ideal de un bien inmueble?" (2018).

El uso y disfrute se extiende a los aumentos que adquiera el bien vía accesión (aluvión, avulsión u otras accesiones naturales) y comprende, como derecho sobre la cosa, sus accesorios. Para Penteado (2008, p. 497), las pertenencias de un inmueble —como mobiliario, cuadros, tapetes, salvo disposición en contrario— se incluyen dentro de la situación jurídica del usufructo.

Gonzales Barrón (2013, pp. 1762-1763) alega que el usufructo alcanza a los bienes agotables (como minas y canteras) y a los bienes de rápida obsolescencia (por ejemplo, computadoras). En ambos casos, tiene un uso reiterado que puede prolongarse más o menos de acuerdo con sus características, pero nunca los convierte en bienes consumibles.

***Bienes que no pueden ser usufructuados***

- Los bienes que están fuera del comercio, aquellos inapropiables.
- Los bienes de incapaces, en la medida que no cuenten con la autorización judicial que permita constituir el usufructo.
- Todo bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación de carácter prehispánico, que sea de propiedad del Estado, así como sus partes integrantes o accesorias y sus componentes descubiertos o por descubrir, independientemente de que se encuentre ubicado en predio de propiedad pública o privada. Dicho bien inmueble integrante del Patrimonio Cultural de la Nación tiene la condición de intangible, inalienable e imprescriptible, siendo administrado únicamente por el Estado (artículo 6, numeral 6.1. de la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación, además del artículo 21 de la Constitución)[12].

## *10.3 Temporal*

Es por tiempo determinado. Es el aspecto transitorio.

El usufructo sucede en un tiempo dado. Puede ser momentáneo o vitalicio, nunca perpetuo (Lôbo, 2015, p. 253).

La temporalidad representa un elemento del tipo legal (contenido imperativo típico) que no puede pactarse en contra, so pena de violarse el principio de tipicidad (Vieira, 2008, p. 756).

---

12 A criterio de González Linares (2012, pp. 736-737), el artículo 1001 no tiene aplicación en lo referente a los bienes monumentales del Estado.

Puede constituirse usufructo ya sea por edad o por plazo establecido:

– Edad

  - *Temporal*, por un tiempo de vida (años) expresamente determinado.
  - *Vitalicio*, constituido expresamente durante el tiempo que viva el usufructuario, *certus an et incertus quando*. No indica duración. No se extingue, por la naturaleza de la institución, hasta que el usufructuario muera.

– Plazo establecido (días, meses o años)

***Casos especiales en cuanto al plazo***

*Persona jurídica*

El usufructo constituido en favor de una persona jurídica no puede exceder de 30 años y cualquier plazo mayor que se fije se reduce a este.

Esto es lógico, pues el fin de un sujeto colectivo es permanecer en el tiempo, perdurar, lo que atenta contra la temporalidad del usufructo. No cabe usufructo vitalicio cuando el usufructuario es una persona jurídica, ya que esta carece de vitalidad, de vida biológica; al no tener esperanza de vida, es difícil considerar que el acabamiento del usufructo vaya de la mano con la extinción de la persona jurídica. Incluso, en el caso del Comité, que termina con el cumplimiento de su finalidad (artículo 121), muchas veces su finalidad es incierta; ignoramos el momento en que se dará, por lo que se no se condice *in limine* con la persona jurídica.

*Bienes inmuebles de valor monumental*

Tratándose de bienes inmuebles de valor monumental de propiedad del Estado que sean materia de restauración con fondos de personas naturales o jurídicas, el plazo máximo es por 99 años.

*Menores de edad*

La norma civil no hace ninguna restricción al usufructo que los padres pueden hacer respecto de los bienes de menores de edad (artículo 448). No establece un límite de plazo (cosa que sí hace con el arredamiento), por lo que puede ser vitalicio.

## 11. Alcances

Los efectos del usufructo se rigen por el acto constitutivo y, si no están previstos en este, por las disposiciones del Código (artículo 1005).

Hay una preeminencia del título constitutivo que representa la *lex privata inter partes*, regla primera y preferente nacida conforme a derecho, respetuosa de las normas imperativas (Rivero Hernández, 2010, p. 105). Véase cómo se hace primar la voluntad de las partes en los alcances del derecho real, mientras que las normas del Código son supletorias de la voluntad; solo a falta de la voluntad se aplica la ley. Claro que la autodeterminación de las partes en el contenido del derecho real no puede desnaturalizar al mismo, ni mucho menos puede crearse un nuevo derecho real. De suceder ello, debe ajustarse a la ley, *i. e.*, el querer debe estar en estricta relación con el derecho real reconocido por el Código, respetándose la ley imperativa, la moral y el orden público.

Con el fin de evitar discrepancias o malos entendidos, debe precisarse, en el acto de constitución del usufructo, los alcances del derecho real, indicando de forma anticipada la extensión del derecho de usufructo.

En esta línea, las partes pueden acordar:

- Plazo
- Actos que se llevarán a cabo
- Obligaciones de cada parte
- Exclusión de provechos o utilidades
- Prohibición de disposición o gravamen

Como hemos indicado, las partes voluntariamente pueden excluir determinados provechos y utilidades del bien (artículo 999, párrafo 2). Pueden constituir usufructo con ciertos límites (no gozar de ciertos provechos o utilidades), pero no un usufructo que solo tenga esos límites (gozar solo de ciertos provechos o utilidades) (Gonzales Barrón, 2013, pp. 1768-1769). Ambos casos implican una limitación del uso del bien y podrían desnaturalizar el usufructo. De esta forma, sería válido pactar en estos términos: "Tienes todo menos estos provechos", y no en el sentido de decir: "Tienes solo estos provechos". El usufructuario requiere el *maximum* del bien, no el *minimum*.

El tema de los alcances y efectos del usufructo, a decir de Vieira (2008, p. 749), tiene que ser articulado con la tipicidad legal de los derechos reales. No basta con que este sea respetado con la observación del *nomen iuris* del derecho real, sino también con el contenido típico imperativo del derecho. Si

las partes, bajo la denominación de usufructo, eliminan el disfrute, tendríamos un derecho de usufructo con un goce menos extenso que el uso y la habitación, que no puede ser considerado como la creación de otro derecho real, diverso del tipo legal consagrado (Vieira, 2008, p. 750).

Teles de Menezes Leitão (2012, pp. 320-321) señala que los poderes del usufructuario están limitados al derecho real sobre la cosa de la que es titular quien constituye el usufructo, esto en virtud del principio: "*Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* [Nadie puede transferir a otro más derecho que él mismo posee]". Los derechos del usufructuario sobre la cosa quedan limitados por el derecho con base en el cual se constituye el usufructo. Así, como cita Pugliese (1972, pp. 133-134), un usufructo constituido sobre un derecho de superficie no atribuye al usufructuario cualquier derecho sobre el suelo; solo le permite ejercer de forma temporal sobre la cosa las facultades que le correspondían al superficiario.

Una delimitación convencional en el derecho real será admisible en la medida en que no transgreda la esencia del derecho y la tipicidad del mismo. De acuerdo con Vieira (2008, p. 750), las partes pueden delimitar que el usufructuario se obligue a no pescar en el lago del inmueble o no llevar el automóvil objeto de usufructo fuera del país, lo cual no es causa de violación del principio de tipicidad. Este principio se refiere a que solo pueden ser considerados derechos reales aquellos previstos en la ley, creados y organizados por esta (Varsi Rospigliosi, 2017, pp. 230-231), lo cual no es obstáculo para la validez de las cláusulas negociales en el acto jurídico real donde se prevean meras obligaciones de las partes (Vieira, 2008, p. 750).

## 12. Atributos

Los atributos son los denominados poderes o facultades del usufructo, *iure usufructus*. Los derechos reales menores no atribuyen todas las facultades, solo algunas.

El usufructo contrae a la propiedad y se desmiembra de ella. El usufructuario adquiere las facultades de uso y disfrute, y el propietario pasa a ser un nudo propietario (desnudo), que solo tiene la facultad de disponer del bien. Luego, cuando se extingue el usufructo, acorde con el principio de elasticidad, la propiedad se expande, regresando el uso y disfrute al propietario (vestido).

El usufructo confiere las facultades de usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno (artículo 999). Uso y disfrute son los derechos cardinales del usufructuario y están en estricta relación con el respeto de la sustancia del bien, la cual debe preservarse, no alterarse. Tienen que ser ejercidas en torno a la misma, cuidando el fin económico del bien.

Los atributos del usufructuario sobre el bien son *erga omnes*. Veamos uno a uno.

### 12.1 Uso

*Ius utendi, usus*, utilizar la cosa, servirse de ella. *Uti.*

Es la facultad primaria de colocar la cosa al servicio de quien la tiene; se trata de un aprovechamiento personal.

El usufructo se constituye con la finalidad de usar la cosa. El no uso implica la extinción, lo que marca la diferencia con la propiedad. Así, como aseveran Lafaille y Alterini (2011, p. 233), el usufructo para conservarse debe ser ejercido por su titular (de allí que exista la causal de extinción por el no uso, inciso 2, artículo 1021).

Entre las facultades de uso, deben incluirse todas aquellas relacionadas con la administración del bien (Ternera Barrios, 2015, p. 309).

### 12.2 Disfrute

*Ius fruendi, fructus*, disfrute, aprovechamiento de la cosa, beneficiarse de los frutos, fruición, así como del incremento del bien por accesión. *Frui.* El *fructus* presupone el *usus*[13].

El goce es el principal poder del usufructuario (Ternera Barrios, 2015, p. 309), es la *fruendi causa*. Implica la explotación económica, sacar un beneficio de la cosa; el *fructus ut dominis*. El usufructuario hace suyos los frutos y productos del bien. Los extrae y de ellos se beneficia (artículo 999), percibe aquellos naturales y mixtos pendientes al comenzar el usufructo (artículo 1016). Es lo que se conoce como la *perceptio fructum*, esto es, percibir los frutos, hacerlos suyos.

Este disfrute debe ser el normal y acostumbrado (artículo 1008) y no debe modificarse sustancialmente el bien o su uso (artículo 1009). Si se abusa del disfrute como facultad, el usufructo se extingue (inciso 6, artículo 1021).

Los frutos no deben agotarse. Dado que el usufructo es por tiempo determinado, este derecho nunca debe ser igual al tiempo en que los frutos puedan agotarse, ello absorbería toda la propiedad (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 438).

---

13 Lafaille y Alterini (2011, p. 73) mencionan que si las "actividades están ínsitas en la atribución del *fructus*, es indudable que este implica el *usus*, porque aquellas no podrían cumplirse sin que la cosa pudiera ser usada".

No incluye los productos, al no renovarse e implicar una disminución del bien, lo que afecta su sustancia (Lafaille y Alterini, 2011, p. 112).

El uso y disfrute sobre el bien deben ser ejercidos conforme a derecho; *a contrario sensu*, el usufructo se extingue.

### 12.3 Reivindicación

El usufructuario tiene el derecho de reivindicar, es decir, reclamar el bien a quien lo posee.

Para Borda (2008, p. 479), es "la acción que puede ejercer el que tiene derecho a poseer una cosa para reclamarla de quien efectivamente la posee". La reivindicación no es un atributo, sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la que goza el titular de un derecho real (Avendaño Valdez, 2007, p. 138). Es un atributo de todos los derechos reales, no es exclusivo ni privativo de la propiedad. Aquel que goce de un derecho real puede, ante una perturbación o despojo, ejercitar la *reivindicatio*.

Ternera Barrios (2015, p. 311) afirma que el usufructuario puede perseguir la cosa, incluso del nudo propietario que la retenga de forma injustificada.

Es su carácter de *reipersecutoriedad*.

### 12.4 Disposición

El derecho de usufructo puede ser transferido (a título oneroso o gratuito) o gravado (hipoteca, prenda), salvo el usufructo legal o prohibición expresa (artículo 1002). El acto de disposición del derecho se sujeta al título de constitución de usufructo. Incluso puede imponérsele cargas a través de derechos reales menores (subusufructo, servidumbre, uso, habitación) o relaciones jurídicas más limitadas (arrendamiento, comodato), e incluso ser embargado. El usufructuario tiene la facultad de renunciar a su derecho.

Más que disposición (entendida como enajenación), respecto del derecho que goza el usufructuario, es mejor referirnos al traspaso o cesión del derecho de usufructo.

El usufructuario no tiene el derecho de disponer del bien, no es suyo, de allí que no pueda introducir innovaciones en la cosa, ni transformarla (Lafaille y Alterini, 2011, p. 69), ya que debe preservarse su sustancia. Solo es titular del *usus* y *fructus* sobre el bien; este último derecho sí puede comprometerlo. Tampoco tiene el *ius abutendi*, entendido como la facultad de no

usar o abusar del bien. *Ius utendi, ius fruendi, sed non abutendi*, ello implicaría una extinción del usufructo (incisos 2 y 6, respectivamente, artículo 1021).

## 13. Clasificación

La doctrina distingue tipos de usufructo, conocidos como modalidades. Son usufructos especiales los siguientes:

### *13.1 Usufructo convencional*

Cuando surge del acuerdo de dos o más sujetos, es *inter partes*.

Se regirá no solo por las normas que le son propias, sino también por aquellas relativas al acto jurídico y las fuentes de las obligaciones. Cabe distinguir el usufructo convencional constituido a título gratuito del que se estipula a título oneroso, según exista o no un precio, carga o contraprestación. La ley admite ambas posibilidades (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 364).

### *13.2 Usufructo testamentario*

Tradicionalmente, el usufructo testamentario ha sido el germen de esta institución, ya que usualmente era instituido por el testador a favor de la viuda para garantizar su subsistencia sin afectar el derecho de los descendientes. Como señalan Díez-Picazo y Gullón (1985, p. 376), el mayor uso del usufructo se da en situaciones hereditarias o sucesorias: se favorece a un tercero legándole vitaliciamente el usufructo, pero no la propiedad, con la finalidad de que el bien pase a los herederos del testador.

A diferencia del usufructo convencional, el testamentario supone siempre la transferencia completa del objeto sobre el cual recae. No cabe que el testador retenga la nuda propiedad o, *a contrario sensu*, se reserve el usufructo, dado que necesariamente aquella y este serán transmitidos a su fallecimiento (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 364).

### *13.3 Usufructo legal*

Se instituye por mandato de la ley, *ope legis*.

No puede ser modificado ni desconocido por el juez; tampoco puede ser implícito, ni presumirse. Debe estar constituido y declarado de forma expresa por la ley (González Linares, 2012, p. 721). No cabría, por tanto, que un juez imponga su constitución sin que exista dispositivo que taxativamente lo ordene (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 365).

Su naturaleza es personalísima, de allí que no pueda ser transferido ni gravado (artículo 1002). Se da, básicamente, en las relaciones de familia con la finalidad de satisfacer un interés particular.

Ejemplos de usufructo legal:

- ***Usufructo sobre frutos de bienes de los hijos***. El que se otorga a favor de los padres que ejercen la patria potestad respecto de los bienes que administran de sus hijos (inciso 8, artículo 423)[14].
- ***Usufructo derivado del patrimonio familiar***. El usufructo respecto de los bienes que constituyen el patrimonio familiar (artículo 490).
- ***Usufructo viudal sobre la casa habitación***. El usufructo de la casa habitación del hogar de familia a favor del cónyuge supérstite. Este puede arrendarla, percibir la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los derechos de usufructuario (usufructo viudal, artículo 732).

Otros casos de supuestos usufructos legales, pero que no lo son *per se*:

- ***Ausencia.*** La entrega en posesión temporal de los bienes del ausente a quienes resulten ser sus herederos forzosos (artículo 50).
- ***Bienes sociales.*** Los frutos de los bienes propios son bienes sociales (artículo 310).

Castañeda (1958, p. 110) precisa que en la doctrina se discute respecto del usufructo legal. Un sector sostiene que no es propiamente un derecho de usufructo, menos un derecho real, pues existen diferencias entre el usufructo propiamente dicho y el establecido por la ley (este último no puede disponerse, ni embargarse, así como en cuanto a la forma de su culminación). Esta posición se basa en las restricciones que a esta institución le impone la ley.

### *13.4 Usufructo judicial*

Es el constituido por el juez al decidir una controversia.

---

14 "Esta norma se explica, dado que son los padres quienes deben mantener a los hijos durante su minoría; es justo, en consecuencia, que hagan suyos los frutos o puedan usar los bienes de estos. Naturalmente esta norma es facultativa, permisiva, no obligatoria, puesto que si los padres no lo necesitan o no lo desean, no hacen uso de esta prescripción" (Maisch, 1980, p. 96).

### 13.5 Usufructo de disposición

Es un usufructo especial; permite al titular no solo disfrutar, sino también disponer del bien cuando el título de constitución o la ley se lo autorice.

Esta modalidad usufructuaria va contra la propia esencia de la institución, *salva rerum substantia.*

### 13.6 Usufructos sucesivo, simultáneo, alternativo y divisible

Conocidos también como usufructo múltiple o comunidad usufructuaria, se da cuando existe pluralidad de usufructuarios.

El usufructo puede ser constituido a favor de una o varias personas, sea de forma simultánea o sucesiva, contando que estos existan al tiempo en que el derecho del primer usufructuario se torne efectivo (artículo 1441, Código portugués).

En algunos ordenamientos jurídicos[15], así como también en senda doctrina, estos son usufructos contrarios a la ley. Si se constituyeren, los usufructuarios serían meros sustitutos. El usufructo se regiría por la constitución originaria.

#### 13.6.1 Usufructo sucesivo

Llamado también continuo, es aquel constituido a favor de varias personas en forma progresiva, uno después de otro. Consiste en el traspaso del derecho de un usufructuario a otro al cabo de un tiempo, luego a otro y así sucesivamente (Peñailillo, 2006, p. 459). Como dice Castañeda (1958, p. 119), cuando el bien pasa de manos de un usufructuario a otro usufructuario. Se extingue a la muerte del último usufructuario (artículo 1022). Se conoce, asimismo, como usufructo lineal.

No es un solo cousufructo, son varios usufructos articulados desde su entrada en vigor. Al acabar uno, entrará en vigencia el siguiente. Lo más importante en los usufructos sucesivos son los límites de los llamamientos; no puede admitirse que la propiedad nunca se recobre o no se haga en un espacio dilatado.

---

15 *Esboço* de Freitas, Brasil (inciso 2, artículo 4555), Código Civil de Chile (artículo 769) y de Uruguay (artículo 498).

Por ejemplo, establezco usufructo a favor de Juan, luego de Pedro y luego de Manuel; uno después de otro.

Es típico (artículo 1022).

### 13.6.2 Usufructo simultáneo

Llamado usufructo conjunto o cousufructo, se trata de un solo usufructo. Es aquel constituido a favor de varias personas en forma conjunta, todos a la vez. Estos compartirán los derechos y obligaciones inherentes a tal condición.

Al generarse una comunidad en el derecho real, el cousufructo se rige por las reglas de copropiedad, tal como lo plantean Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, p. 441) y Vieira (2008, p. 760), con las matizaciones necesarias en razón de la diferencia del objeto (Díez-Picazo y Gullón, 1985, p. 377). La muerte de uno de los usufructuarios permite que los demás acrezcan en su derecho (derecho a acrecer). Se extingue con la muerte de la última persona, salvo que se haya constituido por tiempo determinado, *ad tempus* (artículo 1022). Es un usufructo lineal.

Por ejemplo, establezco usufructo a favor de Juan, Pedro y Manuel; todos a la vez.

Es típico (artículo 1022).

El usufructo sucesivo y el simultáneo se constituyen si todas las personas existiesen al tiempo en que el primer usufructo se torna eficaz (Vieira, 2008, p. 760).

### 13.6.3 Usufructo alternativo

Llamado reversible, es aquel conferido a favor de varias personas de forma que cada cual va turnándose en el ejercicio. Un usufructuario goza por cierto lapso, luego pasa a otro para volver al primer instituido y así sucesivamente, de manera alterna e infinita.

La alternación, como explica Velásquez Jaramillo (2014, p. 465), implica la distribución por turnos en forma repetida. Opera por llamados (Castañeda, 1958, p. 119): el bien se deja por cierto tiempo al primer llamado, luego pasa al segundo llamado por otro tiempo y, en esa línea, a los demás usufructuarios, para volver al primer llamado y seguir nuevamente con el resto. Es un usufructo circular.

Por ejemplo, establezco usufructo a favor de Juan, luego de Pedro; terminado el plazo de Pedro, regresa Juan y luego nuevamente Pedro.

Es atípico, pero no por ello prohibido.

### 13.6.4 Usufructo divisible

Es aquel constituido a favor de varias personas respecto de distintas partes de un bien, es *pro parte*, como dice Gonzales Barrón (2013, p. 1810). La extinción de cada porción no conlleva el derecho de acrecer de los otros cousufructuarios, lo cual beneficia al nudo propietario, quien va consolidando parcialmente su propiedad.

Es atípico, pero no por ello prohibido.

## *13.7 Multiusufructo*

Es similar a la multipropiedad o arrendamiento periódico. Son varios los usufructuarios de un bien; el uso y el disfrute dependen de un determinado momento.

Es una modalidad del usufructo en la que el titular adquiere este derecho real sobre un inmueble sometido al régimen de tiempo compartido turístico durante un período determinado o determinable del año y a lo largo de un número de años que no podrá exceder el plazo máximo de ley. La nuda propiedad corresponde al promotor o a un tercero[16].

## *13.8 Subusufructo*

Es el usufructo del bien usufructuado. Usufructo sobre usufructo.

Hay quienes limitan y restringen la posibilidad del usufructo sobre el usufructo[17], pudiendo, eso sí, ser materia de cesión el derecho que se tiene sobre el bien. Cano Martínez de Velasco (1992, p. 41) considera que es factible, primero, porque se trata de un derecho cedible y, segundo, porque es un derecho gozable.

Este caso sería un usufructo sobre un derecho real que, como afirman Díez-Picazo y Gullón (1985, pp. 412-413), no cabría en los derechos reales

16 *Vid.* Ley 300, 26 de julio del 2006, Colombia.

17 El artículo 2842 del Código de Vélez expresamente lo prohibía; el actual Código argentino no se pronuncia al respecto (artículo 2130).

intransmisibles (servidumbres personales) ni en los derechos reales de garantía (hipoteca) al ser accesorios a los créditos que garantizan.

### *13.9 Usufructo sobre derechos*

Se trata de un derecho de disfrute de derechos, verbigracia, de crédito.

Tenemos el caso del usufructo de acciones en las sociedades (la acción representa el derecho del socio en relación con la persona jurídica), regulado en los artículos 107, 108 y 292 de la Ley General de Sociedades[18]. Se admite el usufructo de derechos siempre que estos no sean personalísimos o intransmisibles (Díez-Picazo y Gullón, 1985, p. 378), verbigracia, la gran mayoría de derechos de las personas. Sin embargo, algunos sí podrían ser materia de usufructo, como el derecho a la imagen, voz, nombre, derecho de autor, por ser derechos disponibles.

El usufructo sobre derechos es un tema controversial, aunque en la práctica ya es admitido. Como dice Gomes (2012, p. 315), son casos corrientes de usufructo de derechos.

Los derechos pueden ser usufructuados, es decir, sacarse provecho de ellos a través de un derecho real. Para Cano Martínez de Velasco (1992,

---

18 **Artículo 107.- Usufructo de acciones**
En el usufructo de acciones, salvo pacto en contrario, corresponden al propietario los derechos de accionista y al usufructuario el derecho a los dividendos en dinero o en especie acordados por la sociedad durante el plazo del usufructo.
Puede pactarse que también correspondan al usufructuario los dividendos pagados en acciones de propia emisión que toquen al propietario durante el plazo de usufructo.
**Artículo 108.- Usufructo de acciones no pagadas totalmente**
En el usufructo de acciones no pagadas totalmente, el propietario es el obligado al pago de los dividendos pasivos, salvo pacto en contrario.
Si el propietario no hubiere cumplido con su obligación dentro del plazo fijado para realizar el pago, el usufructuario podrá hacerlo dentro de los cinco días siguientes sin perjuicio de repetir contra el propietario.
**Artículo 292.- Usufructo, prenda y medidas cautelares sobre participaciones**
En los casos de usufructo y prenda de participaciones sociales, se estará a lo dispuesto para las sociedades anónimas en los artículos 107 y 109, respectivamente. Sin embargo, la constitución de ellos debe constar en escritura pública e inscribirse en el Registro.
La participación social puede ser materia de medida cautelar. La resolución judicial que ordene la venta de la participación debe ser notificada a la sociedad. La sociedad tendrá un plazo de diez días contados a partir de la notificación para sustituirse a los posibles postores que se presentarían al acto del remate, y adquirir la participación por el precio base que se hubiese señalado para dicho acto.
Adquirida la participación por la sociedad, el gerente procederá en la forma indicada en el artículo anterior. Si ningún socio se interesa en comprar, se considerará amortizada la participación, con la consiguiente reducción de capital.

p. 39), el usufructo de derechos debe admitirse, primero, por la razón teórica de que los derechos subjetivos son todos aquellos poseíbles y, segundo, porque lo que transmite el titular del derecho (inferior) es solamente la posesión de este derecho al titular del derecho superior. Así, dice que los derechos son usufructuables en cuanto que son cedibles y gozables.

### 13.10 Universal y particular

*Universo corpus*, referido a un conjunto de bienes (universalidad), verbigracia, usufructo de los padres respecto de los bienes de los hijos.

*Uti singuli*, particular, referido a un objeto en sí, debidamente identificado, verbigracia, un carro.

### 13.11 Otros

Estos casos son, básicamente, modalidades o subtipos de usufructos.

- Usufructo de minas
- Usufructo de animales
- Usufructo sobre montes
- Usufructo sobre derechos
- Usufructo sobre patrimonio
- Usufructo sobre plantaciones
- Usufructo de finca hipotecada
- Usufructo de árboles y arbustos
- Usufructo de cosas consumibles
- Usufructo de cosa poseída en común
- Usufructos de matas y árboles de corte
- Usufructo de cosas que se deterioran por el uso
- Usufructo de rebaño o piara de ganado o usufructo de cañados

Así, tenemos que según las situaciones el usufructo puede ser:

| Situaciones | Usufructo | Ámbito | |
|---|---|---|---|
| Por su duración | Temporal | Sujeto a un plazo determinado | |
| | Vitalicio | Sujeto a la vida del usufructuario | |
| Por su extensión | Particular | Recae sobre una cosa determinada | |
| | Universal | Recae en todo un patrimonio | |
| Por su dimensión | Normal | Usufructo | |
| | Macro | Enfiteusis y censos | |
| | Seudo | Cuasiusufructo | |
| | Micro | Uso y habitación | |
| Por su fuente | Legal | Constituido por ley | |
| | Voluntario | Constituido por acto jurídico | |
| | Mixto | Constituido por ley y por la voluntad *(usucapio)* | |
| En atención a las personas que intervienen | Simple | Concedido a una persona | |
| | Múltiple | Sucesivo | Constituido en favor de una persona, estableciéndose que a su muerte el usufructo pase a otra persona. El tiempo del usufructo se cuenta desde el momento de constitución al primer usufructuario. |
| | | Simultáneo | Constituido en favor de varias personas en forma conjunta, todos a la vez; la muerte de un usufructuario activa el derecho de acrecer de los demás. |
| | | Alternativo | Constituido en favor de varios, es un goce temporal en favor de cada uno en forma interrumpida; al terminar el tiempo del último, vuelve a usufructuar el bien el primero, después el segundo y así sucesivamente. |
| Por el objeto | Propio | Se da sobre cosas no consumibles y no fungibles. | |
| | Impropio | Se da sobre cosas consumibles y fungibles, *i. e.*, sustituibles. Cuasiusufructo. | |
| | Divisible | Constituido a favor de varias personas respecto de distintas partes de un bien, es *pro parte*. | |
| | Indivisible | Constituido en la integridad del bien, *in toto*. | |

## 14. Derechos y obligaciones del usufructuario

### *14.1 Derechos*

a. Derecho de poseer la cosa. Tenerla.

El usufructuario es un poseedor inmediato (posesión en nombre ajeno). Goza del *ius possessionis* o derecho de poseer; usa el bien sacando un provecho responsable del mismo.

Para usar y disfrutar debe tenerse el bien, *i. e.*, tenerlo en posesión. Como señala Borda (2008, p. 25), la posesión es el alma del usufructo; sin ella el usufructo sería inviable; sin el bien, no teniéndolo, sería imposible cumplir con el objetivo del derecho, la *fruendi causa*; ya que el uso es el medio para el disfrute, ambos se complementan. Para Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, p. 446), constituir un usufructo sin derecho de poseer es una contradicción palmaria. Gomes (2012, p. 319) considera que la posesión es la condición para el ejercicio de los derechos del usufructuario; es poseedor directo, lo que le permite usar los remedios posesorios, no solo contra terceros, sino también contra el nudo propietario. En el usufructo se requiere el uso; no sería posible para el usufructuario beneficiarse de los frutos de la cosa si no pudiese usarla: *fructus sine usu esse non possunt* (Vieira, 2008, p. 744).

b. Usar y disfrutar temporalmente de un bien ajeno (artículo 999). El uso y disfrute son los derechos cardinales del usufructuario, e implican un servirse y aprovecharse de la cosa.

El uso y disfrute se extiende a todo el bien, partes integrantes y accesorias, a sus cualidades jurídicas que le sean inherentes (servidumbres) y los aumentos que adquiera el bien (aluvión, avulsión u otras accesiones naturales)[19], no incluye los productos. El usufructuario carece de derecho sobre el tesoro oculto en el bien, al no ser una parte integrante del fructuario, contando este con una individualidad (Gonzales Barrón, 2013, p. 1767); en su calidad de tal, nada tiene que percibir *iure domini* y solamente le incumbe participación *iure inventione*, como cualquier otro descubridor (Lafaille y Alterini, 2011, p. 113).

19 La norma más similar a este alcance en el derecho comparado es el artículo 1449 del Código portugués.

c. Disponer (transferir o gravar) de su derecho real de usufructo; *i. e.*, puede disponer de su derecho, mas no de la cosa fructuada (Castañeda, 1958, p. 104). Aclara Romero Romaña (1947, p. 251): "Hay que distinguir [...] los poderes sobre el bien mismo, de que carece el usufructuario, de los poderes sobre su derecho de usufructo, que indubitablemente tiene".

   No tiene el derecho de disponer, *ius disponendi*, el bien, enajenación (compraventa, permuta, donación, dación en pago, cesión).

   Ramírez Cruz (2017, p. 58) considera que dentro de las mismas facultades de disposición está la de gravar el bien, sin que exceda el tiempo del usufructo. Esto implicaría que puede someter la cosa a cargas (patrimonio familiar), gravar o prendar (hipoteca o prenda), imponerle cargas (subusufructo, uso, habitación, servidumbre), modificar, edificar, transformar, demoler, abandonar, renunciar. Carece del *ius abutendi*, entendido como la facultad de no usar o de abusar.

d. Percibir los frutos naturales y mixtos pendientes al comenzar el usufructo. El usufructuario hace suyos los frutos y productos del bien fructuario (artículo 1016).

e. Explotar el bien de forma normal y acostumbrada (artículo 1008). Téngase en cuenta que no responde del desgaste por el disfrute ordinario (artículo 1012).

f. Subrogarse en el crédito pagado si es que paga los tributos, rentas vitalicias y las pensiones de alimentos (artículo 1010).

g. Ejercitar las acciones reivindicatorias y posesorias respecto del inmueble (artículos 927, 920 y 921). El usufructuario goza de protección posesoria vía las acciones reales o personales, puesto que su derecho es *erga omnes*, todos deben respetarlo. La *vindicatio usufructus* es una acción reconocida en el derecho romano que protege al usufructuario frente al propietario o poseedor que impide su ejercicio. Es una acción real.

   Maisch (1980, p. 97) no comparte la posibilidad de que el usufructuario pueda reivindicar; esta facultad corresponde solo al propietario, que es nudo propietario.

h. Dar en arrendamiento el bien, en mérito del *ius fruendi*. En este caso, se produce un desprendimiento del uso, típica facultad del usufructo, para solo gozar de sus beneficios.

i. Introducir mejoras (artículos 916 a 919 y 1015).

j. Retener el bien fructuario, en el supuesto de que el nudo propietario no abone las mejoras realizadas por el usufructuario. Esta facultad se deriva del artículo 1015, pues si efectúa mejoras, es obvio que el propietario debe reembolsar al usufructuario; de lo contrario, este puede ejercitar el derecho de retención, como bien sostienen Ramírez Cruz (2007, p. 67) y Maisch (1980, p. 100).

k. El derecho de cercar, el derecho de deslinde y el derecho de cortar ramas, que corresponde a todo colindante, independientemente de la titularidad que tiene con el bien (artículos 995, 996 y 997).

l. El derecho de acrecer cuando se trata de usufructos simultáneos o conjuntos (artículo 1022).

m. Constituir servidumbres por el plazo del usufructo, con conocimiento del propietario (artículo 1041).

### *14.2 Obligaciones*

***Al inicio del goce de la cosa (al entrar en posesión)***

a. Realizar inventario al entrar en posesión y tasación si son bienes muebles, salvo que haya sido expresamente eximido de esa obligación por el propietario que no tenga heredero forzoso. El inventario y la tasación serán judiciales cuando se trata del usufructo legal y del testamentario (artículo 1006).

   Esta obligación no puede eludirse, a menos que el usufructuario haya sido eximido por el nudo propietario, cuando este no tenga herederos forzosos. Si los tuviera, obviamente ellos tendrán interés en el inventario y tasación, como una forma de controlar los bienes que se entregan en usufructo y que serán devueltos al cesar el usufructo (Ramírez Cruz, 2007, p. 67).

   El inventario comprende la enumeración y descripción detallada de las cosas que son materia de usufructo, debiendo expresarse su especie, nombre, marca, modelo, numeración, estado de funcionamiento y conservación (Musto, 2000, p. 54). Los gastos del inventario y tasación son de cargo del usufructuario. El inventario se entiende hecho para salvaguarda de los intereses del usufructuario, más que para preservar los del nudo propietario.

   La finalidad de esta obligación es dar cuenta de cómo se recibe el bien para que al momento de la restitución sea devuelto en las mismas condiciones.

b. Prestar la garantía señalada en el título constitutivo de su derecho o la que ordene el juez, cuando este encuentre que puede peligrar el derecho del propietario (artículo 1007).

Es la *cautio fructuaria*. Puede ser cualquier tipo de garantía, de las más variadas que existan. Desde ya puede ser real (prenda mobiliaria, hipoteca, anticresis) o personal (fianza).

Las finalidades de la fianza son las de garantizar al nudo propietario (Musto, 2000, p. 58):

– El goce y conservación de la cosa conforme a la ley, o sea, respetando el principio *salva rerum substantia*.

– El cumplimiento de todas las obligaciones emergentes del usufructo, sea que estén impuestas por la ley o por el título que es fuente del usufructo (contrato o testamento).

– La devolución de la cosa al finalizar el usufructo.

Tratándose del usufructo *per deductionem*, la garantía puede ser, perfectamente, dispensada.

***Durante el usufructo (simultáneas)***

c. Explotar y conservar el bien (artículos 1008 y 1009), dada su naturaleza no consumible y no fungible. Esta obligación es propia de la naturaleza del usufructo. Siendo un derecho sobre cosa ajena, que debe ser devuelta al dueño, tiene que ser conservada para que pueda ser restituida en el mismo estado en que fue recibida (Gomes, 2012, p. 321). El usufructuario no puede alterar su forma o sustancia. Está obligado a conservar la cosa, evitar que perezca o pierda su capacidad productiva. Debe cuidar la cosa usufructuada como buen padre de familia (Velásquez Jaramillo, 2014, p. 475), con el deber de diligencia que amerita, administrándola con la diligencia y cuidado ordinario en sus negocios propios. El deber de conservar la cosa (en forma y sustancia) se asienta en la *tensión* entre el derecho actual del disfrute del bien por el usufructuario y el derecho del nudo propietario a su futura restitución (Peñailillo, 2006, p. 473).

Respecto del bien fructuario, para Ternera Barrios (2015, p. 312), el usufructuario no puede modificar su forma exterior y composición, así como tampoco puede alterar su destinación.

La conservación va de la mano con el acto de administración.

d. No hacer ninguna modificación sustancial del bien o de su uso (artículo 1009). La primera y primordial obligación que tiene el usufructuario respecto del bien es la de conservar la sustancia, según su naturaleza y destino. El usufructuario no puede consumir el bien; por algo la ley dice que el usufructo recae sobre bienes no consumibles. La modificación implica, *per se*, una disposición de la que carece el usufructuario.

e. Pagar los tributos, las rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes (artículo 1010). La norma no menciona el pago de los servicios relacionados con el bien usufructuado (luz, agua, desagüe, teléfono y otros), los cuales corresponden, también, al usufructuario, por interpretación extensiva del artículo 1010 o por aplicación analógica del artículo 1681, inciso 3 del Código (Arias Schreiber Pezet, 2011e, p. 493).

   Esta obligación le corresponde al usufructuario, a pesar de no ser el deudor directo frente a los acreedores (rentista, alimentista), sino por haber recibido el bien con dichas cargas (Arias Schreiber Pezet, 2011e, p. 493).

   Cabe precisar que, según el artículo 1011, si el usufructuario paga la deuda hipotecaria o el interés que esta devenga, se subroga en el crédito pagado; es un caso de subrogación legal (artículo 1260, inciso 6).

   Penteado (2008, p. 500) considera con precisión que al usufructuario le corresponden y es responsable de las obligaciones *propter rem*, entendidas como aquellas derivadas de la posesión y rendimiento de la cosa fructuaria.

f. Efectuar las reparaciones ordinarias (artículo 1013) y, si por su culpa se necesitan obras extraordinarias, debe hacerlas a su costo (artículo 1014). El usufructuario está obligado a efectuar las reparaciones *ordinarias* del bien y también las *extraordinarias*, cuando estas se originen en hechos (acciones y omisiones) atribuibles a él. En cierto modo, dichas reparaciones son la contrapartida al uso y goce que se hace del bien, a fin de mantenerlo conservado y óptimo (Ramírez Cruz, 2007, p. 71).

g. Tolerar las reparaciones extraordinarias que realice el propietario, que no hayan sido originadas por culpa del usufructuario. Esto a símil de lo que sucede con el arrendador (artículo 1682) y el comodante (artículo 1735, inciso 4, y artículo 1738, inciso 4), quienes, como poseedores mediatos, asumen los gastos extraordinarios.

h. Responder por los daños que ocasione una pérdida o deterioro del bien, en la medida en que se acredite su culpa. El usufructuario en el ejercicio

de su derecho responde hasta por culpa leve; por ello, debe actuar con la diligencia y cuidados propios de un buen padre de familia; apoyan en este sentido Velásquez Jaramillo (2014, p. 475) y Alessandri y Somarriva (1974, p. 162).

***Obligaciones que tiene una vez extinguido el usufructo (posteriores)***

i. Restituir el bien fructuario cuando termine su derecho. La devolución es en el mismo estado en que se recibió el bien.

   La razón de esta obligación está en que el usufructo debe inevitablemente terminar; siempre ha de llegar un momento en que se consoliden el usufructo y la propiedad. En el *momentum* de la restitución, ha de hacerse el balance de las obligaciones del usufructuario, para ver si hay saldo a su favor o en su contra.

***Derecho de retención legal***

j. Si el saldo es a favor del usufructuario, el nudo propietario debe abonarle su valor y, en su defecto, el usufructuario goza del derecho legal de retención (artículo 1123).

## 15. Derechos y obligaciones del nudo propietario

### *15.1 Derechos*

a. Derecho a poseer la cosa. Reclamarla.

   El nudo propietario es un poseedor mediato (posesión en nombre propio). Goza del *ius possidendi* o derecho a la posesión, es decir, el derecho a poseer una vez terminado el usufructo.

b. Oponerse a todo acto del usufructuario que importe una infracción de los artículos 1008 y 1009, y pedir que el juez regule el uso o explotación (artículo 1017).

c. Percibir los frutos naturales y mixtos pendientes al término del usufructo.

d. Disponer del bien (artículo 923). Enajenar o gravar el bien. Este derecho del propietario se entiende por el poder de disposición que sobre él detenta. Borda (2008, p. 72) precisa que la disposición en nada afecta los derechos del usufructuario; el nuevo nudo propietario debe respetar el usufructo tanto como el propietario anterior. Este poder de disposición

tiene un límite; por ejemplo, no puede dar el bien fructuario en anticresis, por ser un derecho de garantía muy similar al usufructo.

e. Adquirir los frutos pendientes al tiempo de la restitución del bien (artículo 1016).

f. Exigir la devolución del bien fructuado. Como consecuencia del derecho a recuperar el bien, el propietario está facultado también a adoptar las medidas legales que tiendan a protegerlo. Así, podrá acudir al juez para que ordene la constitución de una garantía en caso de que peligre la cosa (artículo 1007).

g. Exigir la ejecución de las reparaciones que competen al usufructuario (artículos 1013 y 1014), oponerse a todo acto del usufructuario que atente contra la explotación o utilización normales del bien y solicitar su regulación por el juez (artículo 1017) (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 367).

h. Defender la propiedad y posesión (artículos 905, 920 y 921).

i. Derecho al retracto (artículo 1599-4).

j. Exigir que el bien se explote en la forma normal y acostumbrada, a fin de impedir que el usufructuario abuse de su derecho.

k. Derecho de reivindicar el bien.

En el caso de los derechos de reivindicación y disposición, podemos decir que son ambivalentes: los gozan el usufructuario y el nudo propietario. Respecto de la disposición, el usufructuario puede disponer de su derecho, y el nudo propietario, del bien; corresponde al adquiriente respetar el usufructo, como carga del bien. Así, para González Linares (2012, p. 702), ni el poder de disposición del propietario ni el de reivindicación se ven afectados, solo se desplazan —respecto de él— el uso y disfrute.

### *15.2 Obligaciones*

a. Entregar el bien al usufructuario a fin de que este pueda usarlo y disfrutarlo. Esta obligación se extiende a la de otorgar la escritura pública que posibilite la inscripción del usufructo en el registro de propiedad inmueble.

Como a la apertura del usufructo el nudo propietario se desprende de la posesión, es lógico que la mayor parte de las obligaciones correspondan al usufructuario. Al propietario le queda una propiedad desmantelada

de toda utilidad o, para emplear el gráfico término de los romanos, una propiedad "desnuda" (*nuda*).

En ese entender, la primera y principal de sus obligaciones es una típica prestación de dar. Cabe precisar que la obligación de entrega puede recaer en una persona que, en definitiva, no resulta propietario del inmueble; por ejemplo, cuando el heredero o albacea, cumpliendo la última voluntad del testador, debe hacer la entrega del legado de usufructo a una persona y la adjudicación de la nuda propiedad, objeto del legado, a otra persona (Musto, 2000, p. 89).

b. Abstenerse de todo acto que suponga un menoscabo a la facultad de uso y disfrute concedida al usufructuario.

c. Asumir las reparaciones extraordinarias, que no hayan sido originadas por culpa del usufructuario, esto a símil de lo que sucede con el arrendador (artículo 1682) y el comodante (artículo 1735, inciso 4, y artículo 1738, inciso 4), que, como poseedores mediatos, asumen los gastos extraordinarios.

d. Efectuar el reembolso de las mejoras (artículo 1015).

## 16. Constitución

Puede constituirse por acto *inter vivos* o *mortis causae*.

Conforme al artículo 1000, el usufructo se puede constituir por ley (legal), por contrato o acto jurídico unilateral (*inter vivos*) o por testamento (*mortis causae*). La constitución del usufructo no puede ser presumida (Lôbo, 2015, p. 253).

Analicemos sucesivamente cada una de estas modalidades de constitución.

### *16.1 Ley*

Es impuesto.

Es una forma de adquisición originaria.

Es usufructo legal aquel que tiene su fuente en la misma ley.

Refiere Gomes (2012, p. 317) que tiene *hábitat* en el derecho de familia, donde se constituye con base en la patria potestad, a lo que sumaríamos sobre los bienes del cónyuge supérstite. Por ejemplo, el derecho de los padres sobre los frutos de los bienes que administren de sus hijos (artículo 423,

inciso 8) o el derecho del cónyuge supérstite de arrendar la casa habitación con autorización judicial, siempre que no estuviere en situación económica para sostener sus gastos (artículo 732).

### 16.1.1 Usufructo sobre el peculio profecticio

Dice Zannoni (1998, p. 790) que "el derecho moderno reputa que la función paterna es *lucrativa* y, por consiguiente, se atribuye al padre (o, en su caso, a la madre) el disfrute de los bienes de los hijos que están sometidos a su administración *ministerio legis*". Por su parte, Belluscio (2002, p. 319) define así el usufructo:

> […] es el derecho que tienen los padres de usar y gozar de los bienes de sus hijos sujetos a patria potestad y de percibir sus rentas y frutos sin obligación de rendir cuentas, pero con cargo a invertirlos en primer lugar en el cumplimiento de los deberes legales que le son inherentes.

Este derecho sobre los bienes del hijo se denomina *derecho de goce legal* (Mazeaud y Mazeaud, 1959, pp. 100 y ss.), de tal manera que los padres (usufructuarios legales) tienen el derecho de percibir las rentas de los bienes de sus hijos (nudos propietarios). Aquí se pregunta Borda (2002, p. 337): ¿cuál es el fundamento de este derecho? Reconocido en Grecia y Roma, generalizado hoy en día por la legislación comparada, él mismo se responde explicando que es una justa compensación por los desvelos y cuidados del padre, así como un resarcimiento de los gastos que irroga la educación del menor.

El fundamento del usufructo en el derecho de familia está basado en dos criterios: (i) en que los padres deben resarcirse de los gastos de educación y mantenimiento de los hijos, y (ii) en que, basándose en la solidaridad familiar, los hijos deben contribuir con las ganancias de sus bienes al mantenimiento del hogar. La administración de los ingresos y patrimonio de los hijos permite al padre mejorar la situación integral de la familia; en otras palabras, los bienes del hijo enriquecen a la familia permitiéndole un bienestar general. Asimismo, el usufructo se presenta como una institución *igualitaria* y tiene la ventaja de legalizar una situación de hecho: la ausencia de rendición de cuentas por parte de los padres (Mazeaud y Mazeaud, 1959, p. 101).

Tratándose del usufructo sobre los bienes de los hijos, algunos autores refieren que se trata de un usufructo legal, *i. e.*, una figura típica de los derechos reales aplicada por ley a las instituciones del derecho de familia. Sin embargo, considerando los fines de la familia, determinamos que en nuestro ordenamiento legal este tipo de usufructo tiene una naturaleza

jurídica mixta, porque constituye un usufructo especial que se rige por las normas tanto del derecho de familia como de los derechos reales, según sea el caso (artículo 423, inciso 8 del CC, y artículo 74, incisos h, e, i del CNA). Indiscutiblemente, se trata de un usufructo de naturaleza especial.

El usufructo legal de los padres es propio de la patria potestad y su administración corresponde al ejercicio de la misma. Como institución legal, cuenta con las siguientes características (Belluscio, 2002, p. 320):

| Tipo | Fundamento |
|---|---|
| **Universal** | Abarca todos los bienes de los hijos, con algunas excepciones legales (artículo 436). |
| **Legal** | Se establece por las disposiciones del Código Civil, según las reglas generales del derecho de familia y, de manera especial, por las normas de los derechos reales. |
| **Temporal** | Su duración no puede exceder el ejercicio de la patria potestad. |
| **Personal** | Corresponde exclusivamente al padre o la madre que ejerce la patria potestad. |
| **Intransferible** | No es enajenable, ni gravable; solo se puede renunciar a él (artículo 440). El derecho comparado indica que este criterio obedece a que, de por medio, se encuentra el interés de la familia y no solo el del padre. |

Ahora bien, la regla general es que los padres tienen el usufructo legal de todos los bienes de los hijos; sin embargo, atendiendo a la doctrina y la legislación (artículo 436), están exceptuados del usufructo legal los siguientes bienes:

a. Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos, con la condición de que el usufructo no corresponda a los padres.

b. Los bienes donados o dejados en testamento a los hijos para que sus frutos sean invertidos en un fin cierto y determinado.

c. La herencia que ha pasado a los hijos por indignidad de los padres o por haber sido estos desheredados.

d. Los bienes de los hijos que les sean entregados por sus padres para que ejerzan un trabajo, profesión o industria.

e. Los que los hijos adquieran por su trabajo, profesión o industria ejercidos con el asentimiento de sus padres.

f. Las sumas depositadas por terceros en cuentas de ahorros a nombre de los hijos.

Por otro lado, las cargas del usufructo legal (artículo 437) son las siguientes:

a. Las obligaciones que pesan sobre todo usufructuario, excepto la de prestar garantía.

b. Los gastos de los hijos por concepto de alimentos (artículo 472).

El usufructo legal puede embargarse por hechos o por deudas de los padres, exceptuando lo necesario para cubrir las obligaciones alimentarias (artículo 439). El postulado del Código italiano es interesante cuando se refiere a la inalienabilidad del usufructo legal: "El usufructo legal no puede ser objeto de enajenación, de prenda o hipoteca, ni ejecución por parte de acreedores" (artículo 326). Sobre este punto, Fassi y Petriella (1960, p. 189) señalan que por la situación el usufructo es un derecho que forma parte de la patria potestad, nace y se extingue con ella, por lo que no puede ser separado.

Finalmente, cabe mencionar que el usufructo cesa por extinción de la patria potestad, lo que ocurre normalmente cuando el hijo alcanza la mayoría de edad. Entre los casos especiales, tenemos:

a. Por mala administración de los bienes de los hijos (artículo 446).

b. Por nuevo matrimonio sin previa consulta al juez (artículo 444).

c. Por quiebra del progenitor que ejerce la patria potestad (artículo 443).

d. El viudo(a), divorciado(a) o aquel cuyo matrimonio haya sido invalidado, así como quien tiene la patria potestad de un hijo extramatrimonial y se casa sin inventariar los bienes que administra de sus hijos (artículo 243).

En el sistema español, antes de la reforma de 1981, existía el usufructo del titular de la patria potestad sobre los bienes integrantes del patrimonio de los hijos sometidos a ella. Como refieren Díez-Picazo y Gullón (1985, p. 295), "su justificación nunca había sido clara, aunque verosímilmente se fundaba en la idea de 'frutos para alimentos', es decir, como compensación a la obligación de alimentarlos que pesaba sobre aquel titular". Actualmente, el Código Civil español ha suprimido el usufructo legal, "por lo que los frutos y rentas les corresponden siempre a los hijos", mediante el siguiente tratamiento:

> Artículo 165.- Pertenecen siempre al hijo no emancipado los frutos de sus bienes, así como todo lo que adquiera con su trabajo o industria. No obstante, los padres podrán destinar los del menor que viva con ambos o con uno solo de ellos, en la parte que le corresponda, al levantamiento de las cargas familiares, y no estarán obligados a rendir cuentas de lo que hubiesen consumido en tales atenciones. Con este fin se entregará a los padres, en la medida adecuada, los frutos de los bienes que ellos no administren. Se exceptúan los frutos de los bienes a que se refieren los números 1 y 2 del artículo anterior y los de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera, pero si los padres carecieren de medios podrán pedir al juez que se les entregue la parte que en equidad proceda.

Base legal: artículo 423, inciso 8, y artículo 74, literal h del CNA.

### 16.1.2 Usufructo viudal

Es un derecho complementario al derecho real de habitación (artículo 731).

Es el derecho del cónyuge supérstite de arrendar la casa habitación con autorización judicial, siempre que no estuviere en situación económica para sostener sus gastos. Esto le permitirá percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente, entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales, los demás derechos inherentes al usufructuario.

En caso de extinguirse el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación.

Además, es un usufructo condicionado: si el cónyuge sobreviviente contrae nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos que le son concedidos se extinguen, quedando expedita la partición del bien. También se extinguen tales derechos cuando el cónyuge sobreviviente renuncia a ellos.

Base legal: artículo 732.

### 16.1.3 Usufructo de los bienes hereditarios

Es el caso de la opción del usufructo de la tercera parte de la herencia que le corresponde al cónyuge supérstite, siempre que no hubiera obtenido el derecho de habitación sobre el hogar conyugal (artículos 731 y 732).

Si el cónyuge escoge el usufructo, no hereda; es uno u otro. Puede, a su decisión, obtener la calidad de usufructuario o de heredero.

Base legal: artículo 823.

### *16.2 Contrato o acto jurídico unilateral*

Es voluntario. Es una forma de adquisición derivada. Es *inter vivos*. Es una forma usual de constituirlo; el usufructo y el contrato son casi "uña y carne".

Tiene su origen en la autonomía de la voluntad. El nudo propietario en uso exclusivo de su *ius disponendi* puede, legítimamente, despojarse del uso y disfrute de su bien en favor de otra persona a través de un acto jurídico unilateral o bilateral.

#### 16.2.1 Contrato

También se denomina usufructo convencional.

El contrato de usufructo no está legislado como contrato autónomo en el Libro VII. Fuentes de las obligaciones, del Código, ni se le ha dado un nombre específico; es innominado y atípico, pudiendo ser el resultado de distintas clases de convenciones.

El derecho de usufructo puede constituirse de dos maneras: por atribución de usufructo o por retención del usufructo. Sin embargo, tendríamos una tercera forma: por doble enajenación.

***Atribución de usufructo***

Es la constitución *per traslationem*. Confiero en usufructo, pero mantengo la propiedad.

Se establece vía constitución directa o enajenación (alienación del usufructo). Se atribuye el adquiriente el derecho de usufructo, pero se conserva la propiedad.

***Retención del usufructo***

Es la constitución *per deductionem*. Transfiero la propiedad, pero mantengo el usufructo.

Se establece vía la detracción o reserva (retención del usufructo). Se enajena la propiedad (compraventa, donación, permuta), pero se reserva el derecho de usufructo, *deductio usufructus*, o propiedad con reserva de usufructo. De esta manera, el transferente constituye en su favor (por acto jurídico unilateral) el usufructo; así, constituyente y beneficiario pasan a ser un mismo sujeto.

La alineación puede darse por contrato o testamento; la retención, solo por contrato (Gomes, 2012, p. 318), en especial, por acto unilateral.

Puede ser oneroso (compraventa, permuta, aporte a sociedad) o gratuito (liberalidad, donación, anticipo, herencia o legado).

***Doble enajenación***

Como plantea De Reina Tartière (2012, p. 324), el propietario de un bien transmite a uno la nuda propiedad y a otro el usufructo, como dice el artículo 640 del Código español.

### 16.2.2 Acto jurídico unilateral

Depende de la sola voluntad del nudo propietario.

Alesio Robles (citado por De la Mata y Garzón, 2014, p. 349, nota 37) considera que la declaración unilateral de voluntad puede ser fuente de relaciones reales. La oferta, la oferta de recompensa, la estipulación a favor de tercero y la disposición testamentaria son actos jurídicos que pueden generar el nacimiento de derechos reales con acreedor determinado o determinable, estando su eficacia sujeta a la condición legal de la aceptación del titular del derecho o a la determinación del acreedor. Sin embargo, los mismos autores acotan que todos los derechos reales requieren aceptación (delación) del titular de los mismos, siendo imprescindible tal manifestación de voluntad a fin de que pueda asumir las obligaciones *propter rem* derivadas de tales derechos; nadie puede obligar a otro sin su voluntad (De la Mata y Garzón, 2014, p. 349).

En nuestro medio, si procede la constitución de usufructo por acto unilateral, se da en los siguientes casos:

- *Detracción o reserva.* Llamada retención del usufructo. Gonzales Barrón (2013, p. 1798) propone que no puede tolerarse que un derecho ingrese en patrimonio ajeno sin el asentimiento del recipiendario, de forma que la reserva se manifiesta como única hipótesis de constituir usufructo vía un acto jurídico unilateral. Se da cuando constituyente y beneficiario recaen en la misma persona, por ejemplo, el propietario que vende, pero se reserva el usufructo.

- *Opción del usufructo de la tercera parte de la herencia que le corresponde al cónyuge supérstite* (artículo 823), siempre que no hubiera obtenido el derecho de habitación sobre el hogar conyugal. Este derecho de usufructo, a decir de Ferrero Costa (2012, p. 654), constituye propiamente una opción y, a criterio de Olavarría Vivian (2012, p. 295), es una alternativa. Si el cónyuge escoge el usufructo, no hereda; es uno u otro. Puede, a su decisión, obtener la calidad de usufructuario o de heredero.

"La propiedad de los bienes que usufructúe será para los hijos y demás descendientes, quienes tendrán sobre ellos la nuda propiedad" (Ferrero Costa, 2007, p. 433). Esta forma de constituir usufructo, optativa y propia del cónyuge supérstite, se determina de forma unilateral.

### *16.3 Testamento*

También denominado usufructo testamentario, es una forma de adquisición derivada. Es *mortis causae.*

Sus efectos surgen con la apertura de la sucesión, por fuerza de ley, *saisine* (Lôbo, 2015, p. 254). Por la muerte se constituye el derecho de usufructo.

Es voluntario y unilateral, opera como acto de última voluntad, además de ser el más común, junto con el usufructo contractual o convencional. El usufructo testamentario debe someterse a las formalidades del testamento (artículos 691 y ss.). Como dice Planiol (citado por Gomes, 2012, p. 318), es un medio cómodo para asegurar recursos vitalicios a determinadas personas sin que los herederos sean privados definitivamente de los bienes de la herencia.

Mediante el usufructo, por disposición de última voluntad, una persona favorece a otra dejándole en usufructo un bien (título universal: heredero o a título particular: legado); incluso puede reservarse la propiedad en favor de otra. Puede ser por atribución o reserva. Caso frecuente es dejar en calidad de herencia un bien en favor de los hijos, pero el goce y disfrute del mismo corresponderá a la madre de estos o cuando se quiere favorecer al cónyuge supérstite con el goce de un determinado bien.

La disposición de última voluntad que confiera un usufructo no puede exteriorizarse por otro medio que por testamento. El testador puede legar a una persona solamente el usufructo de una cosa, quedando la nuda propiedad en el patrimonio del heredero, o bien puede legar solamente la nuda propiedad de una cosa, quedando en favor del heredero el derecho de uso y goce [usufructo] de la cosa, o bien efectuar dos legados, uno de nuda propiedad y otro de usufructo de la misma cosa (Musto, 2000, p. 26).

Debe inscribirse para ser oponible, *erga omnes.*

#### *Legado sujeto a derecho real*

Siendo el usufructo una carga que afecta al bien, debe respetarse como tal por quien adquiera el dominio. Un bien dado en legado puede estar afecto de un derecho real de disfrute (usufructo, uso, habitación, servidumbre, superficie) o de un derecho real de garantía (hipoteca, prenda, anticresis, derecho de retención) que afecta a la propiedad, así como a los cedentes y

cesionarios, y dado que la sucesión es una forma de transmisión de dominio, los legatarios, a símil de los herederos, deberán respetar los derechos reales que afecten el bien (Ferrero Costa, 2012, pp. 744-745). Si el bien legado estuviere sujeto a usufructo, uso o habitación en favor de tercera persona, el legatario respetará estos derechos hasta que se extingan (artículo 761). Bien precisa Olavarría Vivian (2012, p. 204) que si los derechos reales indicados recaen en cabeza del propio legatario, estos se extinguirán por consolidación; en cambio, si el derecho real está a favor de tercera persona, el legatario lo respetará o puede renunciarlo en caso de que no le convenga.

Téngase presente que la carga puede referirse también a la servidumbre o superficie, por lo que debe entenderse dentro de este supuesto del artículo en mención (artículo 761).

### *16.4 Prescripción adquisitiva*

Es una forma de adquisición originaria.

Se le denomina mixto, según Alessandri y Somarriva (1974, p. 144), en mérito a que la prescripción es un modo de constituir derechos reales que resulta, a la vez, de la ley (legal) y de un hecho del hombre (voluntario).

La ley no contempla la *usucapio* como forma de adquirir el usufructo; sin embargo, se ha planteado la posibilidad de adquirirlo por prescripción. La omisión del legislador, como dice Gonzales Barrón (2013, p. 1802), no debe interpretarse como rechazo de una figura impuesta por la fuerza de la tradición histórica. Además, la usucapión es un medio de adquirir propiedad y otros derechos reales. Sin embargo, algunos autores como González Linares (2012, p. 726) se muestran contrarios a esta forma de adquirir el usufructo, dado que el usufructuario no ejerce el uso y disfrute en calidad de propietario, *animus domini* no tiene.

Debemos recordar que el artículo 948 del Código de 1936 establecía que "se adquiere y se pierde por prescripción el usufructo de un bien si se posee o deja de poseer por el tiempo y con las condiciones establecidas para la propiedad". Si bien es cierto esta disposición no fue reproducida en el Código vigente, dicha omisión no es argumento para considerar que ello no pueda plantearse, más aún si no existe una prohibición expresa para esa forma de adquisición.

Gonzales Barrón (2013, p. 1083) sostiene:

> […] si la usucapión permite adquirir la propiedad (artículo 950 del Código Civil) y las servidumbres aparentes (artículo 1040 del Código Civil),

> entonces si se puede lo más, es obvio que se puede lo menos; en el presente caso, la ley permite expresamente lo más (propiedad) y lo menos (servidumbres aparentes), por lo que se entienden incluidas las hipótesis intermedias (usufructo).

Además, esta posibilidad se ha visto respaldada con ocasión del Segundo Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema[20] cuando se indica que "la usucapión viene a ser el instituto por el cual el poseedor adquiere el derecho real que corresponde a su relación con la cosa (propiedad, usufructo), por la continuación de la posesión durante todo el tiempo fijado por la ley".

Algunos autores[21] alegan que es improbable que una persona que se ha mantenido en el uso y goce de una cosa, sin título y con mala fe, pretenda adquirir el usufructo y no directamente la propiedad, pero esta improbabilidad no invalida el supuesto. Podría darse el caso de que un poseedor de larga data beneficie a una persona otorgándole de hecho facultades de uso y goce de la cosa que posee. En la práctica, a decir de Maisch (1980, p. 96), quien puede adquirir por prescripción prefiere adquirir el dominio completo, no solo el usufructo. De allí que Peñailillo (2006, p. 464) refiera que se trata de una posibilidad no muy frecuente. Sin embargo, puede darse el caso en que se ejercite el derecho con un título de usufructo, pero que ha resultado ineficaz el derecho propiamente (verbigracia, usufructo sobre cosa ajena).

### *Casuística*

Rojina Villegas (2014, p. 126) plantea dos casos:

- Cuando se transmitió el usufructo por persona que no tenía la capacidad, al no ser propietaria de la cosa; en este caso, al poseedor le interesa poseer el derecho de usufructo convalidando su título.
- Cuando se posee no en calidad de propietario, sino de usufructuario, pero el título no es suficiente.

De la Mata y Garzón (2014, p. 351) mencionan el caso de que A le transmitiera el usufructo a B por contrato privado y A falleciera, por lo que quedaría la sucesión yacente; en ese momento, B puede optar por prescribir el usufructo.

---

20 Casación N.º 2229-2008-Lambayeque.

21 Según Mariani de Vidal (2004, p. 27), el usufructo es un derecho que prácticamente muy pocas veces se habrá adquirido por prescripción, pues si una persona está en un fundo durante el tiempo necesario para la prescripción, lo lógico y normal será que adquiera el dominio y no el usufructo.

Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, pp. 444-445) plantean otros dos casos, que denominan situaciones anómalas:

– Que el título constitutivo del usufructo haya incurrido en una causal de nulidad; en este caso, la posesión del usufructuario para sanear las nulidades convalida la situación de usufructuario, *fuente convalidadora.*

– Que el constituyente del usufructo no sea el propietario (nadie puede transferir el derecho que no tiene, *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*), por lo que el usufructuario solo adquirirá la posesión, mas no el usufructo, *fuente exclusiva.*

En ambos casos, el usufructuario puede afirmar que la *usucapio* ha sido fuente de su derecho de usufructo.

Lógicamente no habrá título si el otorgante tiene la condición de fondo que legitime la constitución del derecho real, pero nada obsta a que, mientras el poseedor con *animus domini* prescriba su derecho a la nuda propiedad, el poseedor con *animus fructurii* adquiera, a su vez, el usufructo. Juega aquí un papel de fundamental importancia el elemento subjetivo que acompaña a la relación de hecho con la cosa. La posesión no debe ser ejercida en términos de propiedad, sino en términos de usufructo. De esta manera, apreciamos que el supuesto no es absolutamente improbable (Musto, 2000, p. 29).

La mención de la constitución del usufructo por prescripción no es sino una confirmación de la regla general, conforme a la cual se gana por prescripción los derechos reales que no estén especialmente exceptuados. Por lo tanto, a decir de Alessandri y Somarriva (1974, p. 660), como el Código Civil no consagra ninguna regla excepcional respecto del usufructo, este se adquiere por la prescripción, de la misma manera que el dominio. En cuanto al lapso de tiempo para usucapir el usufructo, serán las mismas reglas que se aplican a la propiedad.

Debe inscribirse para ser oponible.

***Formalidad***

La norma no exige formalidad alguna; sin embargo, tenemos:

– *Muebles.* De tratarse de bienes no registrables, solo bastaría con un documento de fecha cierta. Se requiere la *traditio.*

– *Inmuebles.* Debe extenderse por escritura pública e inscribirse en el Registro para que pueda ser oponible a terceros (artículo 2019, inciso 1, Principio registral de relevancia).

Eso sí, para formalizar el usufructo, se requiere la *traditio* del bien.

### *Usufructo* a non domino

Los principios relativos a la adquisición *a non domino* se aplican *mutatis mutandis* al usufructo; quien de buena fe se torna usufructuario adquiere el usufructo por usucapión (Gomes, 2012, p. 318). Para Rivero Hernández (2010, pp. 190-191) serían requisitos de la adquisición del usufructo *a non domino* los siguientes: (i) que se trate de bienes muebles no perdidos o sustraídos (sino poseídos por el transmitente porque los dejaron), (ii) que el transmitente posea en concepto de titular suficiente, (iii) que el adquiriente actúe de buena fe (que crea que el disponente tiene poder suficiente), (iv) que reciba la posesión *a non domino* (que le proporciona el título de adquisición), y (v) que adquiera a título de usufructuario.

### *Usufructo por subrogación*

El usufructo, así no se establezca de forma originaria, se constituye por subrogación cuando la cosa en que recae es sustituida por otra, *subrogatum capit naturam subrogan*, esto es, lo subrogado mantiene la naturaleza de aquello que subroga. El usufructo de un crédito, por ejemplo, puede convertirse en usufructo de una cosa cuando el deudor paga al usufructuario la cosa debida, que pasa a ser propiedad del acreedor (Gomes, 2012, p. 319).

## 17. Modificación

Refiere Gomes (2012, pp. 321-322) que en el curso de existencia el usufructo puede sufrir modificaciones en su relación jurídica, en el sujeto y en el objeto. Veamos:

- *En la relación jurídica*, deriva del (i) incumplimiento de la obligación de prestar garantía (si el usufructuario no quiere o no puede cumplirla, pierde a favor del nudo propietario el derecho de administrar el usufructo) o (ii) por el no uso de la cosa.

- *En el sujeto*, puede ocurrir cuando el usufructo es constituido a favor de dos o más sujetos con cláusula que acrecerá a aquellos que sobrevivieron al que fallece (artículo 1022).

- *En el objeto*, la modificación es cuantitativa o cualitativa:

  - *Cuantitativa*, cuando el bien sufre disminución (destrucción parcial) y el usufructo permanece sobre la parte no perjudicada (artículo

1024); en la medida en que sea útil para el usufructuario, continúa vigente el derecho. No es un caso de *mutatio rei* (cuando el bien se transforma en otro).

- *Cualitativa*, se da con la subrogación real, la cosa fructuaria es sustituida por otra. Por ejemplo, la cosa se destruye por incendio y es sustituida por otra o por la indemnización pagada por la destrucción (artículo 1023), o cuando se produce la expropiación, el usufructo recae sobre el valor de la expropiación (artículo 1003). En estos casos, como el bien fructuario es subrogado por una suma de dinero, opera de pleno derecho la constitución de un cuasiusufructo (Arias Schreiber Pezet, 2011b, p. 481).

Asimismo, continúa Gomes (2012, p. 322):

– El usufructo de cosa puede convertirse en usufructo de derechos; verbigracia, la cosa incendiada se sustituye por el derecho de crédito contra la aseguradora.

– El usufructo de derecho puede convertirse en usufructo de cosa, verbigracia, el usufructo de un crédito que tenga por objeto la prestación de una cosa que nace de la compra de un caballo; si la prestación se realiza, el concedente del usufructo obtiene la propiedad del caballo y el usufructuario adquiere el derecho de usarlo y disfrutarlo.

## 18. Extinción

Entre las causas de extinción del usufructo consagradas en el artículo 1021 del Código, tenemos:

### *18.1 Vencimiento del plazo*

Es el llamado plazo final, *dies ad quem*. El plazo es una modalidad del usufructo; culminará al vencimiento del plazo.

El usufructo se extingue por el vencimiento del plazo estipulado en su constitución, hasta cierto día: *one particular day* (plazo extintivo o resolutorio).

Puede instituirse usufructo por un plazo *ad tempus*, establecido en días, meses o años; o determinado por la edad de una persona, el usufructuario o un tercero[22]. Por ejemplo, se constituye a favor de Juan un usufructo hasta

22 El Código portugués considera la constitución del usufructo sujeto a cierta edad de tercera persona (artículo 1477).

que Sofía cumpla los 25 años, lo que debe ocurrir el 30 de diciembre de 1996; pero Sofía muere a los 16 años, en este caso, el usufructo continúa y perdurará hasta el 30 de diciembre de 1996, porque esa fue la fecha que el constituyente quiso fijar como término (Alessandri *et al.*, 1991, p. 169).

El plazo, como dice Arias Schreiber Pezet (2011a, p. 517), no es absoluto; puede verse superado por el advenimiento de otras causales de extinción del usufructo que prevalecen sobre este, por ejemplo, consolidación, muerte del usufructuario o destrucción. Así, el vencimiento del plazo estipulado es un supuesto de extinción del usufructo que bien puede verse superado por el advenimiento de otras causales que prevalecen sobre este.

Para Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, p. 441), el usufructo constituido por tiempo determinado tiene dos causales de extinción: muerte del usufructuario y llegada del término.

Base legal: inciso 1.

### *18.2 Prescripción extintiva por no uso por 5 años*

Es por el no uso, *non usus*, el no ejercicio, la *desuetudo.*

El usufructo concluye por los efectos de la prescripción extintiva, cuando el usufructuario deja de hacer uso de su derecho durante 5 años. Evidentemente, la manera de apreciar el no uso dependerá de las circunstancias del caso concreto y de las características del bien.

El no uso, desde el punto de vista del propietario, opera como una prescripción liberatoria (aunque guarda con ella sensibles diferencias), ya que "libera" el dominio del gravamen que representa el derecho real sobre cosa ajena en su aspecto pasivo (Musto, 2000, p. 124). Teles de Menezes Leitão (2012, p. 334) indica que debe ocurrir una abstención efectiva del ejercicio de todas las facultades que competen al usufructuario.

No es necesaria ninguna actividad del propietario para que la extinción por el no uso se produzca. A semejanza de la prescripción liberatoria, en la que el deudor solo tiene que esperar el transcurso del tiempo y la inactividad del acreedor, aquí el propietario permanece pasivo mientras el usufructuario no ejerce su derecho, pero nada obsta a que el nudo propietario posea la cosa no usada por el titular del derecho.

A diferencia de la prescripción liberatoria, en la cual lo que se extingue es la acción, en este caso, se extingue el derecho. Por otra parte, en la primera, la excepción de prescripción debe ser opuesta oportunamente para que se declare, mientras que el no uso opera *ipso iure* y, a semejanza de la

prescripción adquisitiva, puede alegarse por vía de acción o de excepción (Musto, 2000, p. 125).

Debe precisarse, aunque resulta obvio, que aun cuando el usufructo sea vitalicio, el no uso lo extingue[23].

Base legal: inciso 2.

### 18.3 Consolidación

Es la confusión. Llamada por los romanos *consolidatio*[24].

Cuando usufructuario y nudo propietario se unen en un solo sujeto, se ensamblan; terminan —o comienzan— siendo uno solo. El usufructo se extingue al tornarse la nuda propiedad en una plena. Se produce cuando las titularidades del nudo propietario y del usufructuario se reúnen en una misma persona. Y es que nadie puede tener en usufructo la cosa propia.

Ello ocurre por adquirir el usufructuario la nuda propiedad del bien, en cuyo caso desaparece el desdoblamiento característico del usufructo y esta institución se extingue (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 371).

Se pueden adquirir los derechos del nudo propietario mediante compraventa, permuta, donación o cualquier acto jurídico *inter vivos*. O en el caso de la adquisición *mortis causae*, por resultar el usufructuario heredero o legatario del nudo propietario.

Entonces, a decir de Mariani de Vidal (2004, p. 55), conforme con el principio (aplicado por analogía) de que nadie puede tener una servidumbre sobre su propia cosa —*nemine res sua servit*—, cuando la nuda propiedad y el usufructo se concentran en cabeza de una misma persona, el usufructo se extingue.

Peñailillo (2006, p. 476) considera que solo en cierto sentido se extingue el usufructo; en forma distinta el derecho se mantiene, pero transformado (se produce una metamorfosis) desarrollándose. Lo que sucede es que se llega a la integridad del dominio con el resto de caracteres de este.

Base legal: inciso 3.

---

23 Casación 225-2011-Arequipa.

24 Rojina Villegas (2012, p. 472, nota 34) define la *consolidatio* como la adquisición de propiedad por el usufructuario. "*Finitur usufructus… si fructuarius propietatem rei adquisierit, quae res consolidatio appellatur*" (*Instituciones*, Lib. II, tít. 4-3; Paulo, *Sententiae*, III, 6.28).

## *18.4 Fallecimiento o renuncia del usufructuario*

### 18.4.1 Fallecimiento del usufructuario

Es un hecho jurídico. La muerte del usufructuario extingue el usufructo, lo que confirma el carácter estrictamente *intuitu personae*, siendo intransmisible.

En tanto el usufructo es temporal (*in esentia*), finalizará con la muerte del usufructuario (derecho vitalicio), puesto que no es un derecho transmisible *mortis causae*. El estrecho vínculo del usufructo con su titular provoca la intransmisibilidad a los herederos (Lafaille y Alterini, 2011, p. 76).

Precisa Arias Schreiber Pezet (2006, p. 372) que "es importante señalar que esta causal se antepone a las demás, de manera que si el usufructuario fallece antes del vencimiento del plazo estipulado, se extinguirá de todos modos el usufructo, sin necesidad de esperar hasta el término del plazo".

Para Borda (2008, pp. 80-81), cualquiera que sea el término del usufructo, este termina con la muerte del usufructuario. Esto quiere decir que jamás el usufructo pasa a los herederos, no hay transmisión *mortis causae*. La muerte del usufructuario lo extingue, cualquiera que sea el término fijado.

Si el usufructo se extingue por muerte presunta y el usufructuario reaparece, el usufructo renacerá sobre la cosa en el estado en que ella se encuentre en el momento de la reaparición (Borda, 2008, p. 81).

Teles de Menezes Leitão (2012, p. 332) precisa que la muerte del usufructuario puede desencadenar la constitución de otro usufructo en la esfera de un tercero (usufructo sucesivo), dándose de forma habitual el derecho de acrecer entre usufructuarios en caso de haberse establecido el usufructo en conjunto.

Respecto de la persona jurídica, asimilamos la muerte con la extinción de la misma.

### 18.4.2 Renuncia del usufructuario

Es un acto jurídico. Es un acto no recepticio del usufructuario. No necesita la aceptación del nudo propietario al consolidarse la propiedad de forma automática como derecho elástico (Álvarez Caperochipi, 1986, p. 264). Como tal, la renuncia es un derecho que mira el interés del renunciante (Velásquez Jaramillo, 2014, p. 481).

El usufructuario puede renunciar al usufructo, en cuyo caso los derechos de él derivados se extinguen.

La renuncia deberá ser expresa y constar en escritura pública (en caso de los inmuebles). La tácita podría asimilarse al no uso que, como hemos visto, es causa de prescripción extintiva.

Base legal: inciso 4.

### *18.5 Destrucción o pérdida total del bien*

Beltrán Pacheco y Torres Maldonado (2013, p. 226) expresan que la destrucción o pérdida del bien debe ser absoluta, *ergo* que elimine cualquier probabilidad de que el bien sea útil en el futuro. Para Teles de Menezes Leitão (2012, p. 334), el perecimiento del objeto de un derecho produce naturalmente la extinción de ese derecho.

La regla general es que, desaparecido el bien sobre el cual recaía el usufructo, este se extingue. No obstante, al analizar esta causal debemos distinguir distintas hipótesis que se pueden producir.

En primer lugar, tomando como guía la posición de Arias Schreiber Pezet (2006, p. 372), la destrucción o pérdida total pueden ocurrir por causas atribuibles a un tercero que obrase con dolo o culpa. En tal caso, el usufructo continuará sobre la indemnización por el tercero. En segundo lugar, debe contemplarse el caso de que el bien se encontrase asegurado; en tal supuesto, el usufructo se establecerá sobre el importe pagado por el asegurador, así la indemnización subroga al bien garantizado. Finalmente, si la destrucción total fuera imputable al usufructuario, evidentemente el usufructo se extinguirá sin perjuicio de la responsabilidad que le cabría a aquel frente al nudo propietario, ante la imposibilidad de restituirle el bien.

Si el bien sujeto a usufructo se destruye o pierde en parte, el usufructo se conserva sobre el resto del bien (artículo 1224). Se ha discutido en doctrina (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 453) el hecho de que los restos deben representar la esencia de la cosa; *a contrario sensu*, el usufructo se extinguirá. Tal es el caso, por ejemplo, que si un rebaño dado en usufructo perece, los cueros no pueden usufructuarse, al ser cosa distinta de la fructuaria.

#### 18.5.1 Destrucción

Es el caso del perecimiento de la cosa. Es total.

Borda (2008, p. 88) nos dice que por destrucción no solo debemos entender la aniquilación material, sino también que el bien haya dejado de existir como individualidad (especificación o accesión).

A razón de Rojina Villegas (2014, p. 96), si el cuerpo se destruye, queda necesariamente destruido el derecho. Ahora bien, en materia de destrucción tenemos casos y casos. Castañeda (1958, p. 150) considera que "la destrucción del suelo es un fenómeno que se produce raramente. Así, si ocurre un deslizamiento geológico o una inundación permanente. Si la inundación cesa, revive el usufructo".

### 18.5.2 Pérdida total

No es una pérdida parcial, es total.

Borda (2008, p. 88) explica que por pérdida debemos entender cuando la cosa ha salido del comercio o ha sido expropiada.

Base legal: inciso 5 y artículos 1023, 1024 y 1025.

## *18.6 Por abuso que el usufructuario haga de su derecho*

El abuso (*abutendi*) en el uso y disfrute del bien —*res quae in abusa consistunt*— acarrea la extinción del usufructo. Ir contra el goce normal y de costumbre (artículo 1008), o modificar el bien o su uso, implica que el usufructo termine. El usufructo debe servir al usufructuario solo hasta el límite justo de sus facultades.

La ley permite que el nudo propietario acuda al juez para solicitar que se declare extinguido el usufructo por el abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes, o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias.

Evidentemente, deberá liquidar la situación existente entre el nudo propietario y el usufructuario, en lo relativo a los frutos pendientes, a las reparaciones y, en general, al estado de conservación del bien que se devuelve, o la indemnización consiguiente si la devolución no pudiera llevarse a cabo por culpa del usufructuario (Arias Schreiber Pezet, 2006, p. 373).

Para Borda (2008, p. 91), el uso abusivo no extingue el usufructo, solo es causa para exigir una indemnización.

Base legal: inciso 6.

Veamos en el siguiente cuadro las causas de extinción:

| | | |
|---|---|---|
| **Extinción** | Relativas a la relación jurídica | Por consolidación |
| | Relativas al usufructuario | Por la muerte<br>Por la renuncia<br>Por abuso del derecho |
| | Relativas al tiempo | Prescripción<br>Vencimiento del plazo |
| | Relativas al objeto | Pérdida total<br>Destrucción |

Otras causales no consideradas en la norma son estas:

- Rescisión
- Resolución
- Revocación
- Por resolución judicial
- Invalidez (nulidad y anulabilidad)
- Cumplimiento de la condición resolutoria
- Disolución de la persona jurídica beneficiaria

Estas se dan en base al principio *resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis*, es decir, resuelto el derecho del que da, resuelto el derecho del que recibe (Castañeda, 1958, p. 148). Asimismo, se produce por condición o por expropiación del predio sobre el que recaía.

La condición se trata de una condición resolutoria. Aclaran con precisión Alessandri *et al.* (1991, p. 148) que el inicio del usufructo no puede estar sujeto a condición, mientras que el fin sí. Esta extinción no suprime la exigencia del plazo (todo usufructo es temporal), y el efecto que puede producir la condición es solo anticipar la extinción del usufructo, poniendo un fin antes de la llegada del plazo.

La condición es una modalidad del usufructo. Este culminará con el cumplimiento de la misma. La causa de extinción puede estar prevista en el título que origina el usufructo.

De acuerdo con la máxima *cessante causa cessat effectus*, al terminar la causa termina el efecto, se entiende que cesado el motivo que constituyó el

usufructo, declarado en el título de constitución, se extingue el derecho real (Penteado, 2008, p. 501).

Peñailillo (2006, p. 460) señala que si se estipula un plazo o condición que estén pendientes a la muerte del usufructuario, estas modalidades no producirán efectos, pues el fallecimiento del usufructuario extingue el usufructo.

Sostiene Velásquez Jaramillo (2014, p. 480) que el término y la condición no pueden afectar el nacimiento del usufructo, sino su terminación. Criterio contrario es el de Rojina Villegas (2012, p. 448), quien manifiesta que el usufructo puede constituirse sujeto a una condición, cargo o término.

Tenemos el caso del usufructo legal condicionado en el artículo 732.

No son formas de extinción la enajenación ni la destrucción parcial.

***Efectos del cese***

La extinción del usufructo produce la recuperación de pleno derecho por el nudo propietario de sus atribuciones de uso y goce del bien; el dominio se recupera en su integridad (Borda, 2008, p. 91). Implica que se recobre el bien por parte del nudo propietario, es decir, la posesión del mismo, el bien en sí con todo aquello que ha generado (accesorios y mejoras), así como los frutos pendientes.

Entre los efectos del cese tenemos:

- La propiedad readquiere todas sus facultades. Extinguida la desmembración, se consolida el derecho de propiedad (Maisch, 1980, p. 103).
- Con base en el principio de elasticidad, al cesar el derecho real de disfrute sobre la propiedad, esta (re)adquiere su dimensión original, su plenitud, el dominio completo (*alodialidad*); deja de ser nuda propiedad y pasa a ser, nuevamente, una propiedad plena, con todos y cada uno de sus atributos.
- El usufructuario o sus herederos deben devolver el bien al propietario. El acabamiento del usufructo implica el retorno del bien a su *dominus*.
- Se extinguen las cargas que el usufructuario impuso en el bien, en mérito de su derecho.

## 19. Reparaciones y mejoras

Ambas son los gastos, mejor dicho, las inversiones que se hacen para mantener o conservar una cosa. Evitan la pérdida, deterioro o disminución de su valor.

### *19.1 Reparaciones*

La regla es que el usufructuario efectúe las reparaciones ordinarias; la excepción es que asuma las extraordinarias, a su costo, si han devenido por su culpa (artículo 1013).

Son reparaciones ordinarias las que exijan los desperfectos que procedan del uso normal de los bienes y sean indispensables para su conservación (artículo 1014).

### *19.2 Mejoras*

Arias Schreiber Pezet (2011c, p. 498) refiere que este numeral debe ser analizado con el artículo 1009, que prohíbe al usufructuario modificar sustancialmente el bien o variar su uso. Respecto de las mejoras necesarias, que impiden el deterioro o destrucción del bien (artículo 916), corresponden al usufructuario, siendo reembolsado su valor por el nudo propietario. Se complica la situación frente a las mejoras útiles que aumentan el valor y la renta del bien (artículo 916).

El usufructuario debe hacer las mejoras que se requieran en la medida en que no alteren el bien ni su uso. Las reglas sobre mejoras necesarias, útiles y de recreo establecidas para la posesión se aplican al usufructo (artículo 1015).

## 20. Acciones de defensa

El Código no trata expresamente los medios de defensa de este derecho, pero entre ellos tenemos:

– *Acción declarativa.* Su fin es determinar la existencia o inexistencia de la relación jurídica real, en este caso, del usufructo.

– *Acción reivindicatoria.* Es una tutela restitutoria, es hacer efectivo un derecho, recuperando el bien para darle el uso que le corresponde; se manifiesta por el derecho de persecución.

– *Acciones posesorias (interdictos).* Su objetivo es la defensa y protección de la posesión, *i. e.* que el derecho real pueda ser utilizado por su titular.

Así también procede la defensa posesoria extrajudicial (artículo 920), como medida de autodefensa o autoprotección de la posesión del bien.

## 21. Diferencias y semejanzas con otras figuras

Hay varias instituciones jurídicas que se asemejan al usufructo (véase el anexo 1).

### *21.1 Uso y habitación*

Estos son derechos de usufructos limitados, restringidos, de allí que se llamen *usufructos parciales* o *microusufructos*[25].

Ambos son personalísimos e intransmisibles. No pueden ser materia de ningún acto jurídico, salvo la consolidación.

El uso es para beneficio propio o de la familia y la habitación es el derecho de morar. Ambos se rigen por las reglas del usufructo.

### *21.2 Cuasiusufructo*

Es un semiusufructo o seudousufructo.

Borda (2008, p. 9) considera que la diferencia con el usufructo es neta; el usufructuario adquiere solo el uso y goce de la cosa, no su propiedad; en el cuasiusufructo se adquiere la propiedad de la cosa pudiendo disponerse de ella.

Concluido el cuasiusufructo, se devuelve otra cosa, pero de la misma especie, calidad y cantidad, o su valor estimado, situación que no ocurre en el usufructo, en el que se devuelve el bien fructuario.

### *21.3 Mutuo*

La principal diferencia es lo contractual y real.

Es un contrato. Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuatario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad (artículo 1648). Esto hace que se diferencie del usufructo y que adquiera una mayor semejanza con el cuasiusufructo.

---

25 A diferencia de los otrora macrousufructos (enfiteusis, censos), que implicaban el goce de un inmueble a perpetuidad o por tiempo indefinido.

### 21.4 Comodato

La principal diferencia es lo contractual y real.

Es un contrato. Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (artículo 1728).

### 21.5 Arrendamiento

Es la llamada locación conducción. La principal diferencia es lo contractual y real.

Peñailillo (2006, p. 455) refiere que hay dos grandes grupos de relaciones a través de las cuales el dueño de un bien confiere a otro las facultades de uso y goce del objeto de su dominio: uno genera derecho real (usufructo, uso) y el otro genera un derecho personal (arrendamiento, comodato).

El arrendamiento es un contrato por el cual se cede en uso un bien a cambio de una renta; tiene una duración máxima[26], es oneroso y transmisible a herederos. El usufructo es un derecho real (nace de un acto jurídico, testamento o por ley) por el que cede el uso y disfrute de un bien; puede ser vitalicio, oneroso o gratuito, y no transmisible a herederos. El arrendamiento no fenece con la muerte del arrendatario, continúa con sus herederos, en la medida en que esté inscrito. En cambio, el usufructo se extingue con la muerte del usufructuario. Cuando el usufructo es oneroso, las diferencias se acortan y más aún cuando se suscribe por contrato bilateral entre las partes. Un ejemplo nos puede aclarar la diferencia: si arriendo un bien, el arrendatario solo podrá usarlo, no disfrutarlo (salvo que se autorice el subarrendamiento); situación diferente sucede con el usufructo, en el que el disfrute, haciendo suyos los frutos, es parte del derecho real.

De todas las figuras, el arrendamiento es el que más se asemeja al usufructo. Borda (2008, p. 8) aclara que la calificación que le hayan dado las partes al contrato es un elemento interpretativo que se tendrá en cuenta, pero que no es decisivo. Lo contrario significaría que la mera denominación

---

26 El plazo máximo de un contrato de arrendamiento es de 10 años o de 6 años si el bien es de un incapaz (artículo 1688). Los padres, de forma directa, pueden arrendar los bienes de sus hijos menores de edad por un plazo máximo de 3 años (artículo 448, inciso 1); si desearan arrendar por un plazo mayor, deben pedir autorización judicial (artículo 448), la cual solo puede autorizar un arrendamiento por un plazo de 6 años (véase Bigio Chrem, 2007, p. 528). La norma civil no hace ninguna restricción al usufructo que los padres pueden hacer respecto de los bienes de menores de edad, no establece un límite de plazo, pudiendo ser vitalicio.

como usufructo de una relación sea suficiente para encuadrar sus efectos y salir de la normativa en materia de arrendamiento.

En los títulos suscritos por las partes, lo que importa es el contenido del derecho real pactado en función de su clausulado, y no la denominación con que lo presenten. Las cosas son tal y como son, y no tal y como las partes las llaman. En materia contractual, por ejemplo, según el principio de primacía de la realidad, predomina la verdad de los hechos sobre la apariencia de los acuerdos y sus respectivas denominaciones; valen los hechos y no el *nomen iuris*, según los artículos 168 y 169 del Código. Los documentos no cuentan frente a los datos de la realidad y la verdad vence a la apariencia. Los actos jurídicos son lo que se expresa en ellos y no la denominación que se le confiere, irrelevancia del *nomen iuris*. La voluntad real es, ante todo, la voluntad que presidió la formación y la redacción de un texto, *i. e.*, la voluntad histórica (Díez-Picazo, 1993, p. 396). Como indica Fernández Cruz (2004, pp. 774-775), "la interpretación como labor hermenéutica está destinada a fijar el contenido y reconstruir el significado objetivo de las declaraciones y comportamientos, no pudiéndose limitar al tenor literal de las palabras". Nuestra jurisprudencia[27] considera que los contratos no son lo que las partes denominen, sino lo que el negocio jurídico contiene.

Aunque existe semejanzas entre el arrendamiento y el usufructo, estos no son figuras idénticas; cada cual tiene sus características, pues en el arrendamiento una persona transfiere mediante contrato el uso de un bien a cambio de una renta; en cambio, el usufructo es un derecho real temporal de usar y disfrutar los bienes ajenos. En tal sentido, puede demandar la restitución del predio todo aquel que considere tener derecho a la restitución.

A decir de Ramírez Cruz (2017, p. 42), si el bien se deteriora durante el usufructo, el nudo propietario no está obligado a repararlo; en cambio, si ello sucede durante el arrendamiento, el arrendador está obligado a mantener y conservar el bien en buen estado para servir a su destino (artículo 1680, inciso 1), realizando las reparaciones necesarias (artículo 1680, inciso 2).

Concluye Borda (2008, p. 8) que frente a la duda debe presumirse el arrendamiento, por el breve plazo que se da el bien en uso a cambio de una prestación periódica.

Ternera Barrios (2015, p. 308) precisa que el arrendatario solo puede hacer valer su derecho frente al arrendador, *ius in personam*; el usufructo, *ius in re*, poder autónomo y directo sobre el bien, concede el uso y goce de

27 Exp. 30782-98, Lima, Sala de Procesos Sumarísimos, Sentencia del 6/4/2009.

la cosa, sin que el usufructuario necesite del concurso del nudo propietario, cosa distinta de lo que sucede con el arrendatario para disfrutar el bien; en este caso, se requiere del arrendador.

En cuanto a la entrega, el arrendador está obligado en entregar el bien en buenas condiciones (artículo 1679), pero, además, a conservarlo en buen estado para el uso arrendado (artículo 1680, inciso 1). Ambas situaciones en el usufructo se determinan por ley.

Si vendo la nuda propiedad, deberá respetarse el derecho real. Si vendo el bien arrendado, solo se respetará el arrendamiento si está inscrito; de lo contrario, el contrato podrá ser resuelto.

### *21.6 Propiedad*

La propiedad es el derecho real más amplio que existe, consagrando una amplitud de facultades, y es un derecho perpetuo. El usufructuario carece del derecho de disponer y las facultades de uso y disfrute dependen del destino económico del bien; es un derecho real temporal.

La obligación de conservar la forma y la sustancia, *salva rerum substantia*, y la temporalidad son la nota que diferencia al usufructo de la propiedad (De la Mata y Garzón, 2014, p. 330, nota 13).

### *21.7 Servidumbre*

El usufructo es de disfrute pleno; en cambio, la servidumbre otorga un disfrute limitado. El usufructo es divisible y temporal; la servidumbre es indivisible y perpetua. La servidumbre solo se da sobre bienes inmuebles; el usufructo es más amplio, muebles e inmuebles. El usufructo se da sobre la totalidad del derecho al disfrute; la servidumbre solo afecta en forma determinada a la propiedad. En cuanto al uso económico, la servidumbre permite la explotación de un fundo que no puede ser utilizado adecuadamente sin afectar a otros; el usufructo permite la satisfacción de las necesidades de su titular.

### *21.8 Anticresis*

Es un derecho real de garantía, accesorio a un crédito, mediante el que se entrega un inmueble para que el acreedor anticresista perciba sus frutos y los aplique al capital e intereses de la acreencia que mantiene con el propietario.

### *21.9* Profit

En el derecho comparado, el usufructo tiene una similitud con el *profit* (*short for profit-à-prendre* o *right of taking*, derecho de tomar). Es el derecho de acceder a los recursos naturales de la tierra de otro (petróleo, minerales, madera y caza silvestre). Es una forma de servidumbre (Ternera Barrios, 2015, p. 309, nota 5).

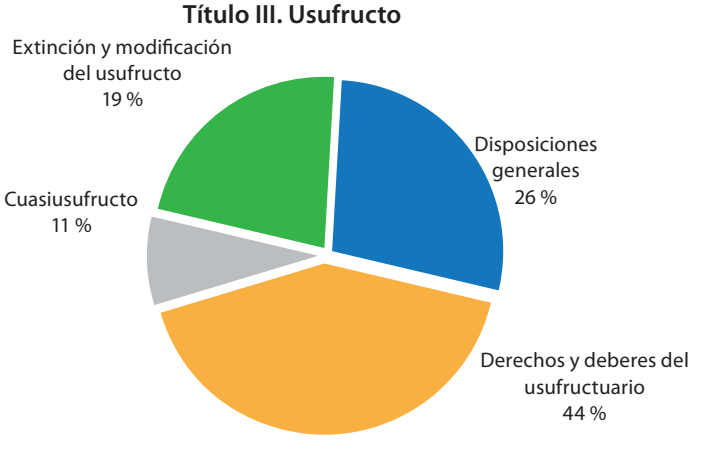
## 22. Regulación legal

La norma jurídica que regula el usufructo es el Código Civil.

### *22.1 Código Civil*

Nuestro Código trata al usufructo como un derecho real principal dentro del Libro V, Sección Tercera, Título III, a lo largo de 27 artículos (del 999 al 1025).

Está compuesto de cuatro capítulos y su tratamiento lo tenemos en los correspondientes porcentajes:




Gran parte de la normativa legal del usufructo está referida a los derechos y deberes del usufructuario (44 %), seguida de disposiciones generales (26 %), extinción y modificación del usufructo (19 %) y cuasiusufructo (11 %).

El Código de 1952 lo reguló en la Sección VI. Servidumbres, Título II. De las servidumbres personales (31 artículos).

El Código de 1936, en el Título V. Del usufructo, uso y habitación (36 artículos, entre los cuales había 2 artículos de uso y habitación).

# Anexo 1
# Diferencias y semejanzas entre arrendamiento, superficie y usufructo

| Arrendamiento | Superficie | Usufructo |
|---|---|---|
| Del latín *ar* 'por', *ad* 'acción'; *reddere* 'volver a dar'; de *re* 'segunda vez' y *dere* 'tema frecuentativo de dar'. Acción de volver a dar. | Del latín *super* 'sobre' y *facie* 'cara'.<br>Es una de las caras de un plano, aquella que vemos; la que no vemos se llama *inferficie*. | Del latín *usufructus* 'uso de los frutos'. |
| Alquiler, locación conducción, inquilinato | Usufructo de tierras edificables | Dominio imperfecto o desmembrado, propiedad no plena |
| Arrendador<br>Arrendatario | Superficiante o *dominus soli*<br>Superficiario<br>Existen dos propietarios, pero de unidades distintas:<br>– El del suelo<br>– El de la edificación | Usufructuante o nudo propietario<br>Usufructuario |
| Uso y disfrute personal y temporal (el disfrute amplio se dará en caso de que se autorice el subarrendamiento). | Construir en terreno ajeno o aprovechamiento de una parte del suelo.<br>Tener y mantener en terreno ajeno —sobre o bajo del suelo— una edificación de propiedad separada, pudiéndole disponer y gravarla.<br>Implica dos derechos:<br>– Derecho de construir o aprovechar<br>– Derecho a la propiedad superficiaria | Uso y disfrute temporal.<br>Explotar de forma normal y acostumbrada. |
| El arrendamiento es un contrato oneroso y conmutativo (intercambio de atribuciones patrimoniales). Es bilateral y sinalagmático (las obligaciones son recíprocas para las partes). Es de tracto sucesivo (engendra una relación obligatoria sucesiva). | Es un derecho real que permite:<br>– Edificar o plantar en terreno ajeno y hacer suyo lo edificado o plantado.<br>– Comprar edificaciones o plantaciones con independencia del suelo. | Es un derecho real de usar y gozar de una cosa cuya propiedad pertenece a otro, con tal de que no se altere su sustancia. |

(continúa)

(continuación)

| | | |
|---|---|---|
| 10 años<br><br>Para arrendar un bien de menor por más de 3 años se requiere autorización judicial. | 99 años | – Hasta la muerte del usufructuario, vitalicio.<br>– 30 años si es persona jurídica.<br>– 99 años si se trata de bienes del Estado con valor monumental. |
| | En caso de que el bien sea de menor de edad, se requiere autorización judicial. | |
| Oneroso<br><br>En caso de ser gratuito, se regula por las normas de uso o derecho de habitación.<br><br>Renta (*ex* merced conductiva) | Oneroso o gratuito<br><br>Canon o *solarium*<br>Renta | |
| Derecho personal | Derecho real<br><br>Es un derecho que el titular tiene directamente sobre la cosa sin intermediación del propietario. Implica un desmembramiento de la propiedad. | |
| Contrato bilateral | Acto jurídico *inter vivos* o *mortis causae*. | Acto jurídico, unilateral o bilateral, testamento o por ley. |
| Transferible a herederos | | No transferible a herederos; se extingue con la muerte del usufructuario. |
| | El *dominus soli* adquiere propiedad del superficiario pagando su valor, salvo pacto en contrario. | |
| Subarrendamiento | Subsuperficie o superficie de 2.°<br><br>Derecho de sobreelevación o *direito de laje* | Subusufructo |
| Uso | Uso: construir | Uso |
| Recae sobre cualquier bien:<br>– Mueble o inmueble<br>– Presente o futuro<br>– Libre o sujeto a condición | Recae sobre predios o tierras:<br>– Edificación o<br>– Aprovechamiento del suelo (derecho de superficie forestal o de silvicultura, hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones existentes pudiendo gravarlas) | Recae sobre cualquier bien (mueble o inmueble), cosa fructuaria:<br>– El usufructuario debe respetar forma y sustancia de la cosa, no puede cambiarla: *salva rerum substantia*.<br>– El usufructo de un edificio alcanza el suelo. |

(continúa)

(continuación)

| Cesión de posición contractual | Puede ser transferido a título oneroso o gratuito o gravado. | |
|---|---|---|
| | Salvo prohibición expresa. | Esto no se aplica para el usufructo legal. |
| El arrendador paga el impuesto predial, el impuesto a la renta y los tributos que afecten al propietario del inmueble en forma exclusiva.<br><br>El arrendatario paga servicios públicos, privados y arbitrios municipales creados o por crearse, así como cualquier otro gasto correspondiente al bien. | El superficiante paga el impuesto predial, el impuesto a la renta y los tributos que afecten al propietario del predio en forma exclusiva.<br><br>El superficiario paga el impuesto predial, el impuesto a la renta y los tributos que lo afecten como propietario del inmueble en forma exclusiva; paga también los servicios públicos, privados y arbitrios municipales creados o por crearse, así como cualquier otro gasto correspondiente al inmueble. | El usufructuario debe pagar los tributos, las rentas vitalicias y las pensiones de alimentos que graven los bienes. |
| Concluye:<br><br>– Al vencimiento del plazo (1699).<br><br>– Cuando el arrendador es vencido en juicio sobre el derecho que tenía (1705, 1).<br><br>– Si es preciso para la conservación del bien que el arrendatario lo devuelva con el fin de repararlo (1705, 2).<br><br>– Por la destrucción total o pérdida del bien arrendado (1705, 3).<br><br>– En caso de expropiación (1705, 4).<br><br>– Si dentro de los 90 días de la muerte del arrendatario sus herederos que usan el bien comunican al arrendador que no continuarán el contrato (1705, 5). | Extingue (sin base legal):<br><br>Transcurso del plazo, resolución, abandono, renuncia del superficiario, consolidación, mutuo disenso, expropiación, por no uso.<br><br>El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido (1033). | Extingue (1021):<br><br>– Cumplimiento de los plazos máximos o el indicado en el acto constitutivo.<br><br>– Prescripción resultante del no uso del derecho durante 5 años.<br><br>– Consolidación.<br><br>– Muerte o renuncia del usufructuario.<br><br>– Destrucción o pérdida total del bien.<br><br>– Abuso que el usufructuario haga de su derecho, enajenando o deteriorando los bienes o dejándolos perecer por falta de reparaciones ordinarias. En este caso, el juez declara su extinción. |
| De un todo puedo alquilar una parte. La inscripción del arrendamiento parcial se hace detallando las áreas materia de arrendamiento, a efectos de brindar una publicidad legal adecuada. | | |

(continúa)

(continuación)

| Inscripción | | |
|---|---|---|
| Artículo 1708.- En caso de enajenación del bien arrendado, se procederá así:<br>– Si el arrendamiento está inscrito, el adquiriente debe respetar el contrato, quedando sustituido desde el momento de su adquisición en la posición del arrendador.<br>– Si no fue inscrito, el adquiriente puede darlo por concluido.<br>– Excepcionalmente, el adquiriente está obligado a respetar el arrendamiento, si asumió dicha obligación (2019-6). | | |
| Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Artículo 100.- Para la inscripción del arrendamiento, derecho de uso, derecho de habitación, servidumbre, usufructo, o cesión en uso que afecten parte del predio, no se requerirá la independización previa. Cuando la determinación del área sobre la que recae el derecho no aparezca claramente en el título, se requerirá la presentación de planos. | | |

## Referencias


Albaladejo, M. (1983). *Derecho civil* (5.ª ed., vol. II). Barcelona: Librería Bosch.

Alessandri, A., y Somarriva, M. (1974). *Los bienes y los derechos reales* (3.ª ed.). Santiago de Chile: Nascimento.

Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A. (1991). *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general* (7.ª ed., vol. II). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Álvarez Caperochipi, J. A. (1986). *Curso de derechos reales* (vol. I). Madrid: Civitas.

Álvarez Caperochipi, J. A. (1987). *Curso de derechos reales* (vol. II). Madrid: Civitas.

Arias Schreiber Pezet, M. (2006). *Exégesis del Código civil peruano de 1984* (1.ª ed., vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011a). Causales de extinción del usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 517-520). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011b). Expropiación el bien sobre el que recae el usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 481-482). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011c). Mejoras. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 498-499). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011d). Transmisión y gravamen del usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 479-480). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011e). Tributos, rentas y pensiones que gravan el bien. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 492-493). Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Arana, F. (2003). Noción de servidumbre. Servidumbre legal y convencional. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Ed.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 541-543). Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Valdez, J. (2007). Definición de la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (2.ª ed., vol. V, pp. 137-139). Lima: Gaceta Jurídica.

Belluscio, A. (2002). Nuevas reformas del derecho civil y penal francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre. *La Ley*, *66*(130).

Beltrán Pacheco, J., y Torres Maldonado, M. (2013). La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria. En M. Torres Carrasco (Coord.), *Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento* (pp. 209-236). Lima: Gaceta Jurídica.

Bigio Chrem, J. (2007). Límites máximos para el arrendamiento de duración determinada. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (2.ª ed., vol. VIII, pp. 526-530). Lima: Gaceta Jurídica.

Borda, G. (2002). *Manual de derecho de familia* (12.ª ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.

Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil. Derechos reales* (5.ª ed., vols. I y II). Buenos Aires: La Ley.

Cano Martínez de Velasco, J. (1992). *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos.* Barcelona: J. M. Bosch.

Castañeda, J. (1958). *Instituciones de derecho civil* (2.ª ed., vol. II). Lima: Villanueva, P. L.

De Cupis, A. (1992). Usufrutto (c. Diritto vigente). En F. Calasso (Ed.), *Enciclopedia del diritto* (vol. XLV, pp. 1111-1124). Milán: Giuffrè.

De la Mata, F., y Garzón, R. (2014). *Bienes y derechos reales* (7.ª ed.). México D. F.: Porrúa.

De Reina Tartière, G. (2012). *Derecho civil. Derechos reales.* Madrid: CEF.

De Ruggiero, R. (1929). *Instituciones de derecho civil* (vol. I, R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz Teijeiro, Trads.). Madrid: Reus.

Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (4.ª ed., vol. I). Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo, L., y Gullón, A. (1985). *Sistema de derecho civil* (3.ª ed., vol. III). Madrid: Tecnos.

Fassi, S., y Petriella, D. (1960). *Código Civil italiano. Libro I. De las personas y la familia.* Buenos Aires: Asociación Dante Alighieri.

Fernández Cruz, G. (2004). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano. En G. Alpa y L. León (Eds.), *Estudios sobre el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)* (pp. 675-712). Lima: Ara.

Ferradas Reyes, M. (2011). Constitución del usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 476-477). Lima: Gaceta Jurídica.

Ferradas Reyes, M. (2011a). Plazo de usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 477-478). Lima: Gaceta Jurídica.

Ferradas Reyes, M. (2011b). Usufructo, definición y caracteres. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 473-475). Lima: Gaceta Jurídica.

Ferrero Costa, A. (2007). Opción usufructuaria del cónyuge. En W. Gutiérrez Camacho, y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (2.ª ed., vol. IV, pp. 432-435). Lima: Gaceta Jurídica.

Ferrero Costa, A. (2012). *Tratado de derecho de sucesiones* (7.ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Gama, G. C. (2011). *Direitos reais.* São Paulo: Atlas.

Gatti, E., y Alterini, J. H. (1998). *El derecho real. Elementos para una teoría general.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gomes, O. (2012). *Direitos reais* (21.ª ed.). Río de Janeiro: Forense.

Gonzales Barrón, G. (2013). *Tratado de derechos reales* (3.ª ed., vol. II). Lima: Jurista.

González Linares, N. (2012). *Derecho civil patrimonial. Derechos reales* (2.ª ed.). Lima: Jurista.

Lafaille, H., y Alterini, J. (2011). *Derecho civil. Tratado de los derechos reales* (2.ª ed., vol. IV). Buenos Aires: La Ley.

Lôbo, P. (2015). *Direito civil.* São Paulo: Saraiva.

Maisch, L. (1980). *Los derechos reales* (2.ª ed.). Lima: Tipografía Sesator.

Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales* (7.ª ed., vol. II). Buenos Aires: Zavalía.

Mazeaud, H., y Mazeaud, J. (1959). *Lecciones de derecho civil* (vol. III, Parte 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Menezes Cordeiro, A. (2013). *Tratado de direito civil. Parte general: Coisas* (3.ª ed., vol. III). Coimbra: Almedina.

Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial* (2.ª ed., vol. III). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Musto, N. (2000). *Derechos reales* (vol. II). Buenos Aires: Astrea.

Olavarría Vivian, J. (2012). *Derecho de sucesiones. Exégesis sustantiva y procesal.* Lima: Adrus.

Pacheco, T. (1872). *Tratado de derecho civil* (2.ª ed., vol. II). Lima: Imprenta del Estado Calle de la Rifa.

Penteado, L. (2008). *Direito das coisas* (2.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Peñailillo, D. (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (4.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Pereña, M. (2005). *La constitución voluntaria del usufructo.* Madrid: Dykinson.

Pugliese, G. (1972). Usufrutto, uso e abitazione (vol. IV, tomo 5). En F. Vasalli (Ed.), *Trattato di Diritto Civile Italiano* (2.ª ed.). Torino: Utet.

Ramírez Cruz, E. (2007). *Tratado de derechos reales* (5.ª ed., vol. III). Lima: Rodhas.

Ramírez Cruz, E. (2017). *Tratado de derechos reales* (4.ª ed., vol. III). Lima: Gaceta Jurídica.

Rivero Hernández, F. (2010). *El usufructo.* Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters-Civitas.

Rojina Villegas, R. (2012). *Derecho civil mexicano. Bienes, derechos reales y posesión* (15.ª ed., vol. II). México D. F.: Porrúa.

Rojina Villegas, R. (2014). *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones* (45.ª ed., vol. II). México D. F.: Porrúa.

Romero Romaña, E. (1947). *Los derechos reales.* Lima: P. T. C. M.

Salvat, R. (1946). *Tratado de derecho civil argentino* (vol. II). Buenos Aires: La Ley.

¿Se puede registrar un usufructo sobre la cuota ideal de un bien inmueble? (1 de junio del 2018). *La Ley. El Ángulo Legal de la Noticia.* Recuperado de http://laley.pe/not/5466/-se-puede-registrar-un-usufructo-sobre-la-cuota-ideal-de-un-bien-inmueble-/

Teles de Menezes Leitão, L. (2012). *Direitos Peais* (3.ª ed.) Coimbra, Portugal: Almedina.

Ternera Barrios, F. (2015). *Derechos reales* (4.ª ed.). Bogotá: Temis.

Torres Carrasco, M. (2013). *Diccionario civil.* Lima: Gaceta Jurídica.

Valencia Zea, A., y Ortiz Monsalve, A. (2012). *Derecho civil. Derechos reales* (11.ª ed., vol. II). Bogotá: Temis.

Varsi Rospigliosi, E. (2017). *Tratado de derechos reales* (vol. 1). Lima: Universidad de Lima, Fondo Editorial.

Velásquez Jaramillo, L. (2014). *Bienes* (13.ª ed.). Bogotá: Temis.

Venezian, G. (1928). *Usufructo, uso y habitación* (vol. I). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Vieira, J. (2008). *Direitos reais.* Coimbra: Coimbra Editora.

Zannoni, E. (1998). *Derecho de familia* (3.ª ed., vol. II). Buenos Aires: Astrea.

## Capítulo segundo

# Cuasiusufructo

**SUMARIO: 1.** Generalidades. **2.** Antecedentes. **3.** Concepto. **4.** Denominación. **5.** Definición. **6.** Características. **7.** Naturaleza jurídica. **8.** Elementos. **8.1** Subjetivo. **8.1.1** Nudo propietario. **8.1.2** Cuasiusfructuario. **8.1.3** Constituyente. **8.2** Objetivo. **8.3** Temporal. **9.** Clases. **9.1** Usufructo dinerario. **9.2** Usufructo de crédito. **10.** Diferencias y semejanzas con otras figuras. **10.1** Con el usufructo. **10.2** Con el mutuo. **11.** Regulación legal. **11.1** Código Civil.

## 1. Generalidades

Los derechos reales limitados se caracterizan por no conferir todas las facultades sobre la cosa, ejerciéndose sobre un bien que no es propio. Dentro de su estructura hay derechos reales que desafían los paradigmas que hemos mencionado, máxime en la forma como han sido recogidos por nuestro legislador, siendo el cuasiusufructo uno de ellos.

El ejercicio del cuasiusufructo como derecho real reconstruye sus funciones en atención a que no siempre se tendrá sobre un bien ajeno, como ocurre con otros derechos reales limitados, y tampoco su naturaleza corresponderá al usufructo, institución con la que se relaciona. Por el contrario, tendrá sus propios pilares que lo identificarán en autonomía de sustancia.

El uso y disfrute en el cuasiusufructo son particulares. El bien se entrega en propiedad con la única característica que se trata de dinero, y este, *per se*, es consumible y fungible por antonomasia.

## 2. Antecedentes

En cuanto a su origen, Borda (2008, p. 9) señala que la sobrevivencia del usufructo, en paralelismo necesario con el cuasiusufructo, se da solo por razones de tradición jurídica; incluso sus orígenes en el derecho romano son oscuros. Por su parte, Valencia Zea y Ortiz Monsalve (2012, p. 442) de forma más precisa mencionan que su fuente se encuentra en el derecho romano, que lo aplicó a los usufructos universales constituidos por testamento.

El usufructo encuentra su sustento en lo que el derecho romano denominaba *salva rerum substantia*. Esto es, siguiendo el Código Civil español, el usufructo permitía el goce de los bienes ajenos, con la obligación de conservar su forma y sustancia[1]. Como resultado de la propia definición, el usufructo no podría recaer, por su propia naturaleza, sobre cosas consumibles o fungibles (vino, trigo, ganado, dinero, etcétera), porque ellas no se pueden disfrutar sin que se altere la sustancia o pierdan su individualidad, cumpliendo quien tiene obligación de devolverlas con entregarlas de igual género y en la misma cantidad y calidad.

---

1 Es oportuno mencionar que el citado cuerpo legislativo español hace expresamente la salvedad de que así será, salvo título o ley que autoricen lo contrario. Así, de manera expresa: "Artículo 467.- El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa".

Entonces, lo característico de la institución del usufructo es la inalterabilidad y la impostergabilidad de permanencia de la naturaleza del bien. Sin embargo, la doctrina encuentra un particular origen para el cuasiusufructo, que no está en la voluntad privada, sino en la subsanación legal de un vacío que traía como consecuencia la desprotección del cónyuge supérstite en el derecho romano. Allende (1967, p. 74) nos orienta en el sentido siguiente:

> Por el año 736 de Roma, se dicta la Ley Julia y poco después la Ley Papia Poppaea. Estas leyes restringen la liberalidad entre esposos, por causa de muerte, al usufructo de una cuota parte de los bienes que componen la herencia. Ahora bien, la *ratio legis* en lo que respecta al usufructo era que el cónyuge supérstite se beneficia con una parte de la herencia, sin distinguir la naturaleza de los bienes. Pero, por una deficiencia técnica, al hablarse de usufructo, en verdad se restringía en mucho el derecho del cónyuge, ya que solo podría beneficiarse con las cosas no consumibles, lo que no era por cierto la intención del legislador.

Ante la situación que afrontaba la cónyuge supérstite, fue en la época de Tiberio cuando en un Senadoconsulto se admitió el usufructo sobre toda clase de cosas, sin importar su naturaleza, pero bajo la condición de que el beneficiario del derecho preste caución suficiente (Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 2012, pp. 707-708).

Bajo la misma idea, Mariani de Vidal (2004, p. 16) afirma lo siguiente:

> Para remediar esta situación y armonizar la letra de la ley con la intención del legislador, se dictó en fecha incierta, pero no mucho más allá del año 15 de nuestra era, un Senadoconsulto por el cual se amplió la órbita del usufructo a toda especie de bienes, pudiendo recaer, en adelante, sobre cosas corporales, consumibles o no, y también sobre cosas incorporales.

Según Musto (2000, p. 19), sucedía frecuentemente que por legado o por liberalidad entre esposos se otorgara un derecho de usufructo sobre todos los bienes, pero el beneficiario se veía impedido de gozar de una parte del legado o liberalidad que no solo podía ser de gran importancia, sino que solía ser perecedero y corría el riesgo de perderse sin beneficio para alguien.

Así Venezian (1928, p. 7) considera que "la constitución de un derecho real de goce distinto de la propiedad, sobre aquellos bienes para los que la atribución de un disfrute implica necesariamente la propiedad" implicó "afirmar la posibilidad de que el concepto económico que inspira el usufructo se aplique a aquellos bienes sustraídos al derecho de usufructo"; de esta manera, "la figura que hubo de realizarlo fue la de atribuir derechos de propiedad al llamado a disfrutar la cosa, a reserva de la obligación

de restituir su equivalente al llamado a la propiedad". En esta línea, al perder el propietario el objeto de su propiedad, pierde su derecho real, correspondiéndole al cuasiusufructuario devolver un bien equivalente, a través de un derecho de crédito; "esta relación, modelada a imagen del usufructo, es la que en la doctrina tomó el nombre de cuasiusufructo".

La obligación del cuasiusufructuario de devolver un bien equivalente, en el derecho romano, podía ser garantizada mediante una fianza. Bello (1981, p. 61) señala que era viable la constitución de un cuasiusufructo "mediante la fianza de restituir igual cantidad de cosas de la misma especie y calidad o su valor, terminado que fuese el usufructo por muerte o diminución de cabeza".

En la actualidad, debe considerarse el cuasiusufructo en una doble dimensión: su naturaleza física (el bien) y su naturaleza jurídica (su finalidad). Por otro lado, se le trata como un verdadero usufructo en tanto que "lejos de constituir un cuasiusufructo, es un usufructo perfecto, habida cuenta que el objeto del usufructo (dinero), no obstante ser un bien consumible por naturaleza, no puede ser usado por el usufructuario […]" (Muro Rojo y Rebaza González, 2011, p. 504). Esto se explica en razón de lo que expresa nuestro Código Civil, precisión que trataremos en el apartado siguiente.

## 3. Concepto

El cuasiusufructo es aquel derecho real que recae sobre una cosa que no es ajena, como sucede en el usufructo, sino sobre una cosa propia, y los bienes que conforman la relación jurídica real son, *per se*, muebles y consumibles.

Estamos ante el traslado en propiedad de un bien que es consumible, lo que para este efecto debe entenderse como un bien que por el uso pierde su esencia al consumirse en manos del cuasiusufructuario. Esto ocurre porque quien es titular del bien no lo es como quien tiene facultades limitadas (solo de uso y disfrute), sino como un verdadero propietario de la cosa; *i. e.*, tiene todas las facultades inherentes al dominio y podrá disponer del bien de la forma en que el titular desee, con el único deber de que una vez terminado el derecho deberá reintegrar a quien le otorgó una cosa de la misma especie y calidad o el valor estimado que hubiese tenido al momento de ser inventariado.

Esto debe entenderse en el sentido de que no tendría utilidad el cuasiusufructo si el titular del derecho ostentara la cosa, pero no pudiera hacer uso de ella por temor o cuidado de que se pierda, limitación que presenta el usufructo perfecto. Así, es totalmente lógico que el cuasiusufructuario busque

la utilidad del bien que le ha sido dado y que pueda hacer consumo del mismo, violentando la propia naturaleza del bien si es necesario, como el caso de los comestibles en los ordenamientos que contemplan esta posibilidad.

De la Mata y Garzón (2014, p. 331) manifiestan que diversos autores han considerado que el cuasiusufructuario es un pleno propietario de la cosa al poder enajenarla, destruirla y asumir los riesgos que son por su cuenta.

En esa misma línea, Vélez Sarfield[2], codificador argentino, expresa que el propietario no conserva derecho real sobre el objeto. No tiene sino una obligación para obtener una cosa igual una vez acabado el usufructo imperfecto, cuya eficiencia está asegurada por una fianza. El cuasiusufructo es, por naturaleza, un préstamo de consumo —sostiene—, un mutuo con fianza. Indica, no obstante, algunas diferencias entre el cuasiusufructo y el préstamo de consumo, pero ninguna de las particularidades del cuasiusufructo es contraria a la esencia del préstamo de consumo.

Álvarez Caperochipi (2015, p. 249) explica que el cuasiusufructo es un usufructo en sentido económico, pero no jurídico; los derechos reales exigen la identificabilidad de la cosa, el nudo propietario es titular del derecho de crédito. Por su parte, Malizia (2007, p. 638) expresa que el cuasiusufructuario adquiere la propiedad de la cosa, lo cual desvirtúa la característica principal del usufructo, que es recaer sobre cosa ajena, por lo que el titular tiene el derecho de usar, gozar y disponer de la cosa a título de propietario, de tal manera que puede consumirla o disponer de ella como mejor convenga.

En efecto, el cuasiusufructo es un derecho real *sui generis* que rompe con la naturaleza del usufructo al no cumplir con la regla del *salva rerum substantia*, pero, al mismo tiempo, encuentra conexidad con el mismo en tanto su origen se debe al imperio de la ley. Es válido y necesario mencionar que la diferencia entre usufructo y cuasiusufructo no solo se sustenta en la fenomenología de sus reglas, sino en la propia calidad del titular del derecho, pues, como veremos más adelante, en el caso del cuasiusufructo la transmisión del bien no opera dentro de las limitaciones de un derecho derivado de la propiedad; en cambio, es la propiedad misma la que se expresará en las facultades que ostentará el cuasiusufructuario.

2 Nota al artículo 2871 del Código Civil argentino.

## 4. Denominación

Llamado usufructo imperfecto, irregular, impropio o anormal, *quasi-usufruit*.

## 5. Definición

Según Ramírez Cruz (2017, p. 78):

> El cuasiusufructo es un usufructo que recae sobre bienes consumibles o fungibles que deben ser devueltos *in natura* al concluir el plazo por el que fueron otorgados. Quiere decir que deben ser devueltos bienes de la misma calidad y en la misma cantidad.

Por su parte, Mariani de Vidal (2004, p. 11) sostiene:

> El cuasiusufructo es el derecho real sobre cosa propia en virtud del cual una parte entrega a la otra, llamada cuasiusufructuario, una cosa fungible o consumible que se le transmite en propiedad, teniendo sobre ella todas las facultades inherentes al dominio, pudiendo disponer de ella en la forma más amplia, con la obligación de que, terminado el usufructo, debe devolver a la otra parte una cosa de la misma especie o calidad o el valor estimativo que se le hubiere adjudicado en el inventario.

Es un derecho real especial, en mérito del cual se otorga un bien consumible en uso con cargo de devolver otro de la misma naturaleza.

## 6. Características

El cuasiusufructo tiene características propias, que lo diferencian del usufructo.

– ***Es un derecho real***

Es reconocido por el Código.

Si bien se trata dentro del usufructo, en su esencia es un derecho real diferente del usufructo.

– ***Derecho sobre cosa propia***

Este derecho lo es sobre cosa propia, no sobre cosa ajena, ya que se le transmite al cuasiusufructuario la propiedad de ella, sobre la que tiene todos los poderes inherentes al dominio, debiendo solo restituir, acabado su derecho, otra cosa de la misma especie y calidad o el valor estimativo de la cosa entregada (Mariani de Vidal, 2004, p. 17). Precisa Maisch (1985, p. 222) que se trata de una transferencia impropia de propiedad de los

bienes; si bien el cuasiusufructuario puede disponer libremente de ellos, también tiene la obligación de devolver otros de la misma calidad y clase, en la cantidad debida. Sin embargo, recalcamos la particularidad de nuestro ordenamiento al mantener el derecho del cuasiusufructuario sobre la renta de la cosa (dinero) y no sobre la cosa misma (capital).

– ***Desaparición del principio* salva rerum substantia**

Pérdida de sustancia desde el momento del primer uso.

El principio *salva rerum substantia* no se aplica en el cuasiusufructo; este solo resulta aplicable al usufructo perfecto.

– ***Recae sobre bienes consumibles***

El usufructo sobre cosas consumibles es el *quasi usufructus*.

No es, en realidad, un derecho de usufructo, dado que las cosas consumibles son aquellas cuyo uso consiste en su consumo y transformación física (productos alimenticios, combustibles), o en su consumo a través de la salida del patrimonio (dinero). El sujeto del llamado "usufructo" sobre ese tipo de bienes, que no implica una exigencia de conservación, es en realidad titular del derecho de propiedad, atribución hecha por el propietario anterior. Este llamado "usufructuario" tiene un derecho pleno y no limitado y, simplemente, debe pagar el valor al término del usufructo de acuerdo con la estimación acordada o, si no se acordó, pagar las cosas según el valor que tienen en el momento en el cual termina el usufructo, o devolver otros bienes en la misma cantidad y calidad (De Cupis, 1992, p. 1117).

Que el bien sea consumible no quiere decir que lo sea en un tránsito de tiempo inmediato, sino que presentará esta característica desde el primer acto de disposición que realice el usufructuario.

– ***Extinción de la cosa***

A diferencia del usufructuario, el cuasiusufructuario no está obligado a la conservación de la cosa, sino que puede usarla a su mejor parecer hasta el punto de extinguirla. Con relación a esto, es importante mencionar que la doctrina distingue entre una pérdida material y una pérdida jurídica, dependiendo de si quien ostenta el bien puede disponer mediante transferencia o que su goce directo signifique la extinción de la cosa.

– ***Temporalidad***

Si bien el Código no ha establecido expresamente el plazo, se entiende que en los casos en los que el derecho recaiga sobre dinero el tiempo se

regulará por las disposiciones normativas generales aplicables al usufructo perfecto. Sin embargo, en el caso del cuasiusufructo en el que el objeto es un crédito, el tiempo de constitución estará supeditado a la duración de la relación jurídica obligatoria que lo fundamenta.

## 7. Naturaleza jurídica

Entre las diversas teorías que analizan la naturaleza jurídica del cuasiusufructo, tenemos:

– ***Es un derecho real***

Es un derecho real típico, independiente del usufructo. En especial, un derecho real de goce. Es una figura distinta del usufructo, en el que debe conservarse la sustancia o estructura del bien (Ramírez Cruz, 2017, p. 77).

– ***Es un derecho real que deriva del usufructo***

El usufructo es su fuente originaria, depende de él.

– ***No es un usufructo***

El usufructo no procede sobre cosas consumibles; estas solo pueden ser entregadas en calidad de mutuo o préstamo de consumo.

– ***No es* per se *un cuasiusufructo***

No se transfiere el dominio sobre la cosa objeto del derecho, sino solo sobre la renta que esta genera.

Nuestro Código no configura el cuasiusufructo típico, que doctrinariamente se suele describir, sino que —por decirlo de alguna manera— es un cuasiusufructo especial. Sostenemos esto porque en los artículos que describen a la institución (artículos 1118, 1119 y 1120) se hace referencia a una disponibilidad del titular del derecho no sobre la cosa en la que recae el derecho, sino sobre la renta que esta genere (recordemos que en nuestro ordenamiento solo se permite este derecho sobre un monto dinerario o sobre créditos). Por esta razón, el cuasiusufructuario no es propietario de la cosa, no tiene el poder sobre ella para denominársele propietario, sino que solo podrá hacerse de la renta generada. En consecuencia, no nos encontramos ante un cuasiusufructo como el concebido por otros ordenamientos del derecho comparado o por el propio derecho romano.

Entre todas estas teorías, podríamos afirmar que el cuasiusufructo es un derecho real de goce sobre cosa propia, el cual tiene un contenido especial.

## 8. Elementos

Los elementos que componen el cuasiusufructo son el subjetivo, el objetivo y el temporal.

### *8.1 Subjetivo*

Si bien cuando hablamos de derechos reales no estamos haciendo referencia a una relación intersubjetiva propiamente dicha, es importante destacar que, en el caso del cuasiusufructo regulado por distintos ordenamientos, es posible identificar a los sujetos que participan en la estructura. Así, se halla la figura del constituyente del derecho, el nudo propietario y el cuasiusufructuario. Pero en casos puntuales, como el regulado sobre créditos, podríamos identificar a un acreedor, a un deudor y al titular del derecho, que solo tendría derecho a las rentas.

#### 8.1.1 Nudo propietario

Es quien sin estar en posesión del bien mantiene la calidad de propietario sobre el mismo. Si bien se había sostenido que en caso del cuasiusufructo se transfiere la propiedad, también se explicó que en el ordenamiento peruano, por ejemplo, se permite el cuasiusufructo sobre el dinero o el crédito, casos en los que el dinero puede no estar en posesión del propietario, sino de un tercero, y sea este el que genere la renta que será de disposición del cuasiusufructuario.

#### 8.1.2 Cuasiusufructuario

Es el propietario de la cosa cuasiusufructuada.

Téngase en cuenta la estructura general del cuasiusufructo. Así, por un lado, tenemos al constituyente del derecho, que en el caso de un usufructo sobre un crédito vendría a ser el acreedor, el propio deudor y el usufructuario.

Es importante tener presente esta trilateralidad, pues el usufructuario no tendrá la calidad de poseedor del bien, sino que esta estará, en el general de los casos, en manos del acreedor o de un tercero. Solo la renta generada por el monto adeudado será de disposición del favorecido con el surgimiento del derecho.

#### 8.1.3 Constituyente

Se refiere a quien otorga el derecho de cuasiusufructo. Vale decir, en el caso de un cuasiusufructo sobre un crédito, vendría a ser el acreedor, quien ostentando tal situación jurídica permita al titular del cuasiusufructo la percepción del interés que genera su crédito.

### *8.2 Objetivo*

Los bienes son consumibles y fungibles.

Recae sobre dinero o sobre créditos.

Si bien el dinero no pierde su naturaleza por la sola transferencia, tampoco se entrega en propiedad el dinero, pues el Código establece que solo será materia de derecho del titular la renta (intereses), no el propio dinero (capital).

### *8.3 Temporal*

Es por tiempo determinado.

## 9. Clases

Nuestro ordenamiento contempla dos clases de cuasiusufructos.

### *9.1 Usufructo dinerario*

Es el típico cuasiusufructo.

Este recae sobre un monto dinerario. Solo otorga el derecho de percibir las rentas generadas, es decir, los intereses (artículo 1018).

### *9.2 Usufructo de crédito*

Es el usufructo de derechos.

El usufructuario percibe como beneficio el cobro de la renta, es decir, los intereses generados, y tiene la obligación de ejercitar las acciones para que el crédito no se extinga, lo cual implica un deber de diligencia, a decir de Arias Schreiber Pezet y Cárdenas Quirós (1993, p. 169). En caso de la constitución de usufructo sobre crédito y de que el acreedor haya

procurado la extinción de la relación obligatoria, el que tuvo el estatus de acreedor deberá procurar la generación de rentas a fin de que el interés que se funda en el derecho del usufructuario no se vea defraudado (Muro Rojo y Rebaza González, 2011, p. 525). Caso contrario, se entiende que si el acreedor logra la extinción del crédito conforme al medio debido de pago, en tal situación no será necesaria la participación del beneficiado con el usufructo, pues este no ostenta poder alguno sobre este monto de capital (artículo 1019). A decir de Peña Bernaldo de Quirós (1999, pp. 632 y 633), estamos ante una especial cotitularidad que afecta el lado activo del crédito, sin alteración, por lo demás, de la deuda.

Para constituir un usufructo sobre créditos se requiere que estén representados por sus respectivos documentos (Ramírez Cruz, 2017, p. 82), es decir que consten en la representación cartular (Maisch, 1985, p. 222).

## 10. Diferencias y semejanzas con otras figuras

Hay varias instituciones jurídicas que se asemejan al cuasiusufructo.

### *10.1 Con el usufructo*

El cuasiusufructo se diferencia del usufructo en los siguientes aspectos:

- Su objeto puede ser cosa consumible o fungible.
- No rige el rasgo esencial del usufructo de conservar la sustancia, la cosa.
- Por lo general, transfiere al cuasiusufructuario la propiedad de la cosa, salvo el caso peruano del dinero y del crédito.
- Al concluir, el cuasiusufructuario cumple devolviendo cosas de la misma especie en igual cantidad y de la misma calidad, o su equivalente en dinero.

En la siguiente página presentamos el cuadro, que complementa lo dicho, para fines didácticos:

| Usufructo | Cuasiusufructo |
|---|---|
| Se puede constituir solo sobre bienes muebles o inmuebles no consumibles. | Se puede constituir sobre bienes muebles consumibles. |
| Adquiere solo el uso y goce de la cosa. | Adquiere la propiedad de la cosa. |
| Concluido el usufructo se devuelve el bien objeto del derecho. | Concluido el cuasiusufructo se devuelve otro bien, pero de la misma especie, calidad y cantidad, o su valor estimado. |
| La obligación es de especie o cuerpo cierto. | La obligación es de género, pues el bien será materia de disposición. |
| El usufructuario es un poseedor inmediato; posee en nombre de otro. | El cuasiusufructuario es poseedor mediato; los bienes que recibe son fungibles o consumibles. |

El usufructuario no adquiere la propiedad de la cosa; en cambio, el cuasiusufructuario se hace dueño de la cosa y quien ostentaba la calidad de propietario se vuelve su acreedor, de allí que Musto (2000, p. 20) considere que el derecho real en el caso del cuasiusufructo, en puridad, se convierte y resuelve en un derecho de contenido obligacional. En tal sentido, en el usufructo, el usufructuario tiene la obligación de restituir la misma cosa que recibió; su obligación es de especie o cuerpo cierto. En el cuasiusufructo, tiene la obligación de restituir igual cantidad y calidad del mismo género; su obligación es de género.

El cuasiusufructo es presentado por nuestro ordenamiento como aquella institución jurídica que recae sobre bienes consumibles desde la primera oportunidad en que el cuasiusufructuario se hace de él (Muro Rojo y Rebaza González, 2011, p. 503). Difiere del usufructo perfecto en tanto en este el bien otorgado al usufructuario no perece por el ejercicio del derecho cedido, sino que el bien cedido deberá retornar a manos del constituyente del derecho.

Mediante el cuasiusufructo su titular podrá disponer de los frutos que se le atribuyen al bien; sin embargo, ese accionar desnaturalizará la sustancia del bien de tal manera que a quien ostentó su propiedad no se le otorgará el mismo bien, sino uno cuyo valor se identifique con aquel que fue otorgado. Dice Maisch (1984, p. 99) que el usufructuario se exonera de responsabilidad si la cosa ha perecido por caso fortuito o fuerza mayor; en cambio, el cuasiusufructuario no goza de esta prerrogativa, puesto que *genus nunquam perit*.

### *10.2 Con el mutuo*

El cuasiusufructo guarda sensibles semejanzas con el mutuo, o préstamo de consumo, pero también se pueden poner de relieve algunas importantes diferencias, como lo podemos observar a continuación:

| Cuasiusufructo | Mutuo |
|---|---|
| Es un derecho real. | Es un derecho personal. |
| Se perfecciona con el consentimiento. | Se perfecciona con la *traditio* o disposición legal. |
| Puede ser constituido por contrato, por acto jurídico unilateral, por disposición de última voluntad o por disposición de la ley, incluso por adquisición por prescripción. | Solo puede ser constituido por contrato. |
| Concluye con la vida del cuasiusufructuario y corresponde a los herederos devolver otra cosa de misma especie, calidad o cantidad, o su equivalente en valor. | El derecho pasa a los herederos y debe esperarse al vencimiento del plazo para exigir la devolución de lo prestado. |
| No habiendo plazo designado, concluye igual que el usufructo, con la muerte del titular, salvo casos especiales como el cuasiusufructo sobre créditos, cuya vida depende de la relación jurídica obligatoria que la funda. | No habiendo plazo designado, habría que pedir la fijación judicial del plazo. |
| Puede recaer sobre intereses en casos específicos, como el cuasiusufructo sobre créditos. | Sí genera intereses. |

Borda (2008, p. 9) indica que no hay mayor diferencia entre el cuasiusfructo y el contrato de préstamo de consumo; citando a Puig Brutau, considera que no se trata de un derecho real sobre cosa ajena, sino de una obligación que surge a cambio de la transferencia de propiedad. Expresamente señala:

> La diferencia con el usufructo perfecto es neta; […] el usufructuario solo adquiere un derecho de uso y goce de la cosa, no su propiedad; en cambio, el cuasiusufructuario adquiere el dominio de la cosa y puede disponer de ella libremente. […] La transferencia del dominio está, pues, en la naturaleza del cuasiusufructo […]. (Borda, 2008, p. 9)

Para Malizia (2007, p. 638), el mutuo o préstamo de consumo, al igual que el cuasiusufructo, supone la entrega de una cosa fungible y/o consumible con la obligación de devolver otra de la misma especie, cantidad y calidad. Sostiene que tanto el mutuario como el usufructuario se

transforman en dueños de la cosa recibida, pudiendo ellos disponer de la misma, consumirla, enajenarla, lo que equivaldría a decir que se tiene facultades materiales o jurídicas. De la misma manera, sostiene que para efectos prácticos se puede llegar a un mismo resultado por caminos distintos: uno sustentado en un derecho material y otro en un derecho real.

## 11. Regulación legal

### *11.1 Código Civil*

El Código Civil norma al cuasiusufructo dentro del usufructo en el Libro V, Sección Tercera, Título III, Capítulo Tercero, a lo largo de tres artículos (del 1018 al 1020).

No lo trata como derecho real principal, independiente ni autónomo, pero en el fondo consideramos que es diferente del usufructo.

## Referencias

Allende, G. (1967). *Panorama de derechos reales.* Buenos Aires: La Ley.

Álvarez Caperochipi, J. (2015). *Derechos reales.* Lima: Jurista Editores.

Arias Schreiber Pezet, M., y Cárdenas Quirós, C. (1993). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984.* Lima: WG Editor.

Bello, A. (1981). *Derecho romano.* Caracas: La Casa de Bello.

Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil. Derechos reales* (5.ª ed., vols. I y II). Buenos Aires: La Ley.

De Cupis, A. (1992). Usufrutto (c. Diritto vigente). En F. Calasso (Ed.), *Enciclopedia del diritto* (vol. XLV, pp. 1111-1124). Milán: Giuffrè.

De la Mata, F., y Garzón, R. (2014). *Bienes y derechos reales* (7.ª ed.). México D. F.: Porrúa.

Maisch, L. (1984). *Los derehos reales* (3.ª ed.). Lima: Studium.

Maisch, L. (1985). Exposición de motivos y comentarios al Libro de Derechos Reales del Código Civil. En D. Revoredo (Ed.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (vol. V, p. 475). Lima: Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada.

Malizia, R. (2007). *Código Civil comentado.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales* (vol. III). Buenos Aires: Zavalía.

Muro Rojo, M., y Rebaza González, A. (2011). Usufructo de dinero. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (1.ª ed., vol. V, pp. 502-508). Lima: Gaceta Jurídica.

Musto, N. J. (2000). *Derechos reales* (vol. II). Buenos Aires: Astrea.

Papaño, R., Kiper, C., Dillon, G., y Causse, J. (2012). *Derechos reales.* Buenos Aires: Astrea.

Peña Bernaldo de Quirós, M. (1999). *Derechos reales. Derecho hipotecario* (3.ª ed., vol. III). Madrid: Centro de Estudios Registrales.

Ramírez Cruz, E. (2017). *Tratado de derechos reales* (4.ª ed., vol. III). Lima: Gaceta Jurídica.

Ternera Barrios, F. (2015). *Derechos reales* (4.ª ed.). Bogotá: Temis.

Valencia Zea, A., y Ortiz Monsalve, A. (2012). *Derecho civil. Derechos reales* (11.ª ed., vol. II). Bogotá: Temis.

Venezian, G. (1928). *Usufructo, uso y habitación* (vol. I). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Capítulo tercero

# Uso y habitación

**SUMARIO: I.** Aspectos generales y comunes. **1.** Introducción. **2.** Generalidades. **3.** Antecedentes. **4.** Tratamiento legal. **4.1** Autonomía. **4.2** Normas de remisión. **4.3** Derecho comparado. **5.** Características comunes. **5.1** Con el usufructo. **5.2** Propias del uso y la habitación. **6.** Naturaleza jurídica. **7.** Importancia. **8.** Constitución. **8.1** ¿Uso legal y uso judicial? **8.2** Formalidad. **9.** Alcances. **10.** Relaciones jurídicas. **10.1** Derechos y obligaciones del nudo propietario. **10.2** Derechos y obligaciones del usuario y habituario. **11.** Extinción. **12.** Acciones de defensa. **13.** Reparaciones, mejoras y reembolsos. **14.** Conclusión. **II.** Derecho real de uso. **1.** Antecedentes. **2.** Etimología. **3.** Concepto. **4.** Definición. **5.** Características. **6.** Ámbito **7.** Elementos. **7.1** Subjetivo. **7.1.1** Nudo propietario. **7.1.2** Usuario. **7.1.3** Constituyente. **7.2** Objetivo. **7.3** Temporal. **8.** Atributos. **8.1** Uso. **8.2** Disfrute. **III.** Derecho real de habitación. **1.** Antecedentes. **2.** Etimología. **3.** Concepto. **4.** Definición. **5.** Características. **6.** Elementos. **6.1** Subjetivo. **6.1.1** Nudo propietario. **6.1.2** Habituario. **6.1.3** Constituyente. **6.2** Objetivo. **6.3** Temporal. **7.** Atributos. **7.1** Uso. **7.2** Disfrute. **IV.** El derecho de uso y habitación de interés social. **1.** Generalidades. **V.** El derecho real de habitación periódica. **1.** Generalidades. **Anexo 2**. Diferencias del usufructo con el uso y habitación. **Anexo 3**. Diferencias entre uso y habitación. **Anexo 4**. Diferencias entre el derecho real de habitación y el derecho de usufructo de la casa habitación.

# I. ASPECTOS GENERALES Y COMUNES

## 1. Introducción

Comúnmente se ha dicho que el uso y la habitación son derechos reales derivados del usufructo, ya que se rigen por las disposiciones de este. Sin embargo, se trata de derechos independientes y autónomos, además de ser *intuitu personae*. El usufructo es amplio, en tanto que el derecho de uso no lo es; el titular tiene un *usus* específico y un *fruendi* restringido a sus necesidades personales y las de su familia. Por su parte, el derecho real de habitación es más limitado aún; aparte de las restricciones en el uso, se establece que el bien debe ser utilizado como vivienda.

A consecuencia del fenómeno socioeconómico, el uso y la habitación se presentan como derechos reales prácticamente en desuso y su regulación se debe a una cuestión de tradicionalidad. No obstante, no puede desconocerse que vienen aplicándose con base en la función social de los derechos reales para permitir la satisfacción de necesidades básicas de sus titulares, siendo el Estado uno de sus principales constituyentes.

El uso y la habitación son derechos reales menores de aplicación práctica en una sociedad de mercado.

## 2. Generalidades

El uso y la habitación son derechos reales.

Se les ha considerado usufructos menores, disminuidos, limitados, simples, restringidos, parciales o microusufructos[1], *petit usufruit* para los franceses, disminuciones del usufructo. Díez-Picazo y Gullón (1985, p. 418) indican que siempre han sido vistos como una especie de secuela o de apéndice básico del derecho de usufructo. En la misma línea de pensamiento, Mariani de Vidal (2010, p. 61) dice que el derecho de uso es casi igual al usufructo. Son derivados, casi sin independencia, lo cual, como veremos, no es del todo cierto, si analizamos la naturaleza de cada uno de ellos.

Lo indiscutible es que el usufructo es un derecho real menor frente a la propiedad, que es un derecho real mayor. El uso es menor que el usufructo, pero mayor que la habitación. Esta última es el derecho real más limitado, pues solo concede la facultad de morar en una casa (Torres Vásquez, 2006, p. 52).

---

1 A diferencia de los otrora macrousufructos (enfiteusis, censos), que implicaban el goce de un inmueble a perpetuidad o por tiempo indefinido.

Para Castañeda (1958, p. 153), el usufructo es un derecho real amplio y completo; en cambio, el derecho de uso no lo es; el usuario tiene un *usus* específico y un *fruendi* restringido a sus necesidades personales y las de su familia —nada más—. Es aún más delimitado el derecho real de habitación que, aparte de las restricciones que se tienen como usuario, establece que el bien debe utilizarlo de morada; no puede aprovecharse de los frutos.

Rivero Hernández (2010, pp. 77-79) precisa que la diferencia del uso y habitación con el usufructo es *cuantitativa*: el goce omnicomprensivo del usufructo frente al goce limitado a las necesidades del titular en el uso y la habitación (la diferencia se da por la extensión). Pero la diferencia sustancial es la *cualitativa*, si se toma en cuenta que el uso y la habitación son derechos personalísimos, *intuitu personae*, siendo su ejercicio solo directo, ligado al titular en la satisfacción de sus necesidades y de su familia (la diferencia se da en cuanto al titular).

## 3. Antecedentes

El origen del uso y la habitación se encuentra en el derecho romano. Originariamente, en el período clásico, fueron tratados con el carácter de servidumbre personal, *servitutes personarum*.

*Ab initio* el uso fue considerado solo para las cosas no fructíferas, solo *uti* o *usus*, siendo nulo el disfrute, *non fructus*. Luego se va ampliando a cosas fructíferas, pero con disfrute restringido.

La regulación del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano se traslada a los Códigos clásicos. El tratamiento de estos derechos reales se halla en el *Code* (artículos del 625 al 636, *De L'Usage et L'Habitaion*), en el *BGB* (artículo 1090, *Beschränkte persönliche Dienstbarkeit*, y artículo 1093, *Wohnungsrecht*) y en el *Codice* (artículos del 1021 al 1026, *Dell'uso e dell'abitazione*).

A la fecha, son derechos prácticamente en desuso; en todo caso, su regulación se debe a una cuestión de tradicionalidad.

## 4. Tratamiento legal

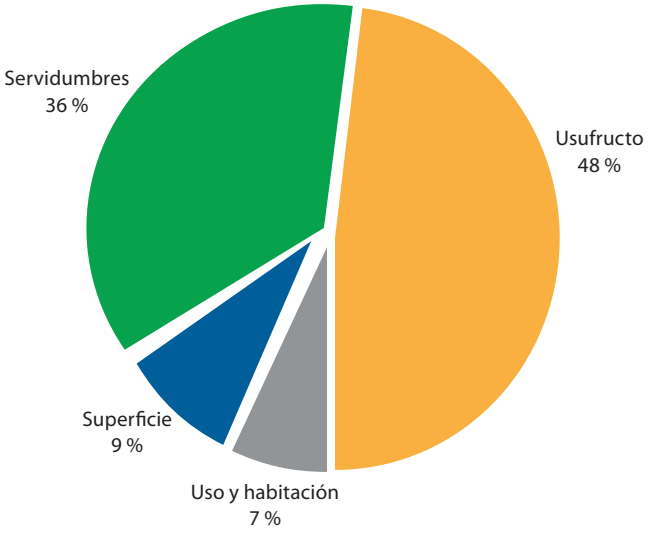
### *4.1 Autonomía*

El Código Civil norma el uso y la habitación de forma separada del usufructo. Los trata como derechos reales principales, independientes y autónomos (Título IV, Sección Tercera, Derechos reales principales, Libro V, Derechos reales).

A pesar de su independencia normativa del usufructo, el Código regula el uso y la habitación como un solo derecho; les confiere la misma identidad en el régimen jurídico (Vieira, 2008, p. 775), algo similar a lo que pasa con la voz y la imagen (artículo 15), sin tener en cuenta que, entre ellos, más pueden ser las diferencias que las semejanzas, de allí que no debieran ser tratados de forma unitaria. En este sentido, González Linares (2012, p. 768) refiere que la doctrina y la legislación, generalmente, tratan juntos el "uso y habitación", unidos por la conjuntiva *y*, pero que en sentido estricto se trata de un solo derecho real de uso que, al recaer en una casa o edificio, asume el nombre de derecho de habitación.

Podemos justificar que su poco uso, así como la estrecha relación entre uno y otro, justifica este tratamiento paritario. Con relación a los otros derechos reales sobre bienes ajenos, su tratamiento normativo representa un 7 %, seguido por superficie con el 9 %, servidumbres con el 36 % y el usufructo con el 48 %. Como se puede observar, es el menos regulado.

**Título III. Usufructo, Título IV. Uso y habitación, Título V. Superficie, Título VI. Servidumbres**




Valga precisar, sin embargo, que el Código Civil brasileño los trata de forma independiente (Título VII, *Do uso*, artículos del 1412 al 1413; y Título VIII, *Da habitação*, artículos del 1414 al 1416), así como también lo hace el Código Civil y Comercial argentino (Título IX, Uso, artículos del 2154 al 2157; y Título X, Habitación, artículos del 2158 al 2161).

### 4.2 Normas de remisión

A pesar de que el uso y la habitación comparten la misma normativa, se diferencian del usufructo, pero, a la vez, se rigen por sus disposiciones en lo que les sea aplicable (artículo 1026).

Esto reconoce al usufructo como la institución madre y al uso y la habitación como instituciones hijas.

### 4.3 Derecho comparado

El tratamiento de estos dos *ius* reales en el derecho comparado no es uniforme. Se plantean de las siguientes formas:

– ***Derechos reales autónomos***

En Portugal, para Vieira (2008, p. 776), son tipos de derechos reales (de goce) diversos de los restantes. Tipos legales específicos de aprovechamiento de las cosas (p. 788), no se reconducen al usufructo, no son un subtipo de este derecho. Este razonamiento independista les otorga importancia y trascendencia, colocándolos como derechos reales específicos, de allí que requieran un especial tratamiento.

– ***Derecho único***

En Chile, según Peñailillo (2014, p. 481), se trata de un solo derecho, usufructo y uso, que al recaer sobre una casa (residencia) toma el nombre de derecho real de habitación. A diferencia del criterio anterior, se da preferencia al uso como el *genus* y a la habitación como la *spes*. Esto puede tener sentido si es que partimos del hecho de que el uso se dirige a cualquier tipo de bien —no consumible y corporal—, mientras que la habitación al uso del bien para vivir en él.

– ***Derechos derivados del usufructo***

Otros, como Serrano Alonso y Serrano Gómez (2005, p. 204), en España, consideran que es dudoso decir que se trate de derechos independientes del derecho de usufructo. El derecho de uso, según Ternera Barrios (2015, p. 317), en Colombia, es una reducción del usufructo, con un carácter particular al beneficiar solo al titular y su familia. En mérito de ello, sería plausible que al derecho de uso se le llame *usufructo limitado*, antes que la imprecisa denominación de *uso y habitación*. Es decir, el tratamiento debe estar contenido dentro del usufructo, como una forma de usufructo especial.

– ***Proximidad entre los derechos***

En Portugal, para Teles de Menezes Leitão (2012, p. 345), y en Brasil, para Chaves de Farias y Rosenvald (2009, pp. 163-164), el derecho de uso y la habitación constituyen derechos reales próximos al usufructo, con algunas especificidades particulares (no atribuye un goce pleno de la cosa) que no se llegan a confundir. Si bien son parecidos, cada cual tiene su propia esencia, que los hace próximos, pero no iguales. Es una tesis racional si la vemos desde la óptica práctica.

## 5. Características comunes

El uso y la habitación tienen muchas semejanzas con el usufructo, pero también se diferencian entre sí, pues cada cual cumple una función. Comparten las siguientes características:

### *5.1 Con el usufructo*

Son las características generales que, como una forma de derivación del usufructo, las toman de él. Así, comparten con el usufructo las siguientes características generales:

– Son derechos reales principales.

– Son derechos reales autónomos.

– Son derechos reales temporales.

– Son derechos reales sobre cosa ajena.

– Se usan sin alterar la sustancia del bien.

– Su extensión se determina de acuerdo con el título que lo constituye o, en su defecto, por las normas del Código.

  Para mayor detalle, véase el numeral 7 del capítulo primero.

### *5.2 Propias del uso y la habitación*

Son las características típicas de estos derechos reales. El uso y la habitación comparten entre sí características propias, que los diferencian del usufructo.

– ***Facultad de uso***

*Ius utendi* limitado.

La característica particular es la utilización personal de una cosa.

– ***Facultad de goce***

*Ius fruendi* restringido.

El goce fructuario está limitado (Lafaille y Alterini, 2011, p. 191); no es amplio y vasto, ilimitado, como el que genera el usufructo. Dentro del propio *ius utendi*, se encuentra la permisión para la explotación de los frutos naturales de la cosa (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 571), los indispensables para el uso de las cosas. Así, tenemos:

- El uso es servirse de un bien.
- La habitación es usar un bien para morar en él.

Ambos, uso y habitación, son a favor directo del beneficiario —*propium ius*— y se extienden a la familia del titular, salvo pacto distinto (artículo 1028). Es el goce directo de la cosa, como dice Peña Bernaldo de Quirós (1999, p. 643). Es lo que conoce Vieira (2008, p. 781) como la delimitación negativa del derecho de uso y habitación, la que debe fijarse de acuerdo con las necesidades que del bien quieran obtenerse. Este ámbito debe ser subjetiva y objetivamente recortado:

- *Desde el punto de vista subjetivo*, se consideran las necesidades de la familia del beneficiario, lo que extiende el provecho sobre los frutos.
- *Desde el punto de vista objetivo*, el poder de disfrute se refiere a las necesidades directas del beneficiario.

Arias Schreiber Pezet (2011a, p. 434) manifiesta que "el sentido de este precepto deberá ser interpretado siempre de acuerdo con las circunstancias, las costumbres imperantes del lugar, y la situación personal del beneficiario". De allí que González Linares (2012, p. 770) señale que el usufructo en el derecho de uso se reduce a un usufructo familiar. Esto quiere decir que el uso tiene un contenido más específico, peculiar, en tanto que el usufructo es más amplio, difuso.

Se goza de los frutos, pero de forma limitada (Maisch, 1984, p. 104), en provecho propio y de la familia; no puede disponerse de ellos. Borda (2008, p. 95) indica que es aprovechamiento directo, por ejemplo, tomar frutas o verduras necesarias para la alimentación, no pudiendo aprovecharse indirectamente de los frutos, verbigracia, venderlos. Esto lleva a establecer una marca especial en el uso, lo cual se ve en el límite del disfrute.

De acuerdo con Arias Schreiber Pezet (2011a, p. 425), el Código incurre en un error al omitir los alcances del disfrute del derecho de uso. No precisa cuáles son, por lo que es necesario recurrir a la doctrina. Continúa el autor diciendo "que se trata de conceptos tan vagos e imprecisos, por lo que tocaría al juez determinar, a la luz de las circunstancias que acompañan a cada caso, los alcances y necesidades del usuario y su familia". Así, todo depende de la naturaleza de la cosa, de su sustancia y de las particularidades necesarias del usuario (Musto, 2000, p. 141). Este vacío normativo debe ser analizado en cada caso, teniendo el juez una exigente labor técnica para llegar a entender el verdadero destino que se le está dando al bien.

Otras facultades más (aparte del uso y goce) que también se derivan de estos derechos son el poder de renuncia y el poder de reivindicación, así como el poder de transformación (limitado) (Vieira, 2008, pp. 776-778).

– ***Recae sobre bienes no consumibles***

Es otra clara diferencia con el usufructo.

Lo contrario, *i. e.*, aceptar el uso de bienes consumibles, llevaría a la destrucción de la cosa (Gonzales Barrón, 2013, p. 1870). Su consumo la extingue y el *dominus* se quedaría sin bien.

Como dicen Maisch (1984, p. 105) y Castañeda (1958, p. 153), no existe el *cuasi* uso ni, mucho menos, la *cuasi* habitación. Valga una salvedad con Messineo (1954, p. 488), quien sí nos habla del *cuasi* uso como el uso de cosas consumibles, aplicándosele las reglas del cuasiusufructo.

– ***Personalísimo***

Ambos derechos reales son *intuitu personae*. Corresponden, única y exclusivamente, a sus beneficiarios, como sujetos activos.

En tal sentido, no pueden disponerlos ni gravarlos, total ni parcialmente. De esta característica también se deriva que solo sirvan para un provecho directo del titular y su familia, para satisfacer sus necesidades, *ad usum quotidianum*. No pueden ser utilizados con fines económicos, para obtener ganancias; se descarta el arrendamiento o comodato, o cualquier derecho real de garantía sobre el bien (hipoteca, prenda); no procede el aprovechamiento económico de terceros, ello desnaturalizaría el instituto. El lucro es un tema ajeno a estas instituciones; no cabe en estos derechos reales una explotación económica del bien, siendo esta la diferencia con el usufructo (artículo 1008). Como ejemplo, tomado de Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 571), en el caso de un frondoso campo de manzanos,

el beneficiario podrá ejercer la posesión, consumir las manzanas, mas no podrá comercializarlas o industrializarlas. Son solo para sí.

Ello se relaciona con el hecho de que la doctrina y la legislación indican que solo puede ser titular de estos derechos reales la persona natural; véase Lafaille y Alterini (2011, pp. 194-195), así como los artículos 2154 y 2158 *in fine* del Código Civil y Comercial argentino. Sin embargo, existen criterios en contra que habilitan a la persona jurídica como titular del uso, e incluso de la habitación —cuando se usa el bien como oficinas—, además porque no hay norma que lo prohíba; véase en Brasil a Pontes de Miranda (1983, p. 324) y en Argentina a Borda (2008, p. 98).

Gonzales Barrón (2013, p. 1879) nos dice que para aquellos otros casos en que se cede un bien para ocuparlo, porque no cuadre como morada, deben ser entendidos como derecho de uso (uso de una casa como consultorio profesional o para dictar clases particulares), siempre que se trate de un ejercicio personal y no de carácter empresarial.

– ***Intransferible***

Son derechos indisponibles e inalienables. Llamada carácter incesible o incedible del derecho. No pueden ser cedidos.

Su carácter personalísimo determina que no pueden ser materia de ningún acto jurídico (transmisión, enajenación, cesión), ni oneroso ni gratuito, salvo la consolidación (artículo 029[2]), siendo esta última la única excepción a su intransmisibilidad (Castañeda, 1958, p. 154); o, como dice Gomes (2012, p. 326), el carácter eminentemente personalísimo constituye una excepción al principio de transmisibilidad de los derechos patrimoniales. A decir de Ramírez Cruz (2017, p. 129), el artículo 1029 es una norma de orden público que prohíbe transferir, gravar, arrendar, ceder y, en general, negociar el derecho de uso; así, cabe mencionar que se genera *ex lege* una restricción legal a la disposición de bienes.

En este sentido, por su naturaleza intrínseca, no le es de aplicación el artículo 882, que prohíbe las cláusulas de inalienabilidad, dado que son indisponibles, intransmisibles e intransferibles. Si por su esencia no pueden ser materia de disposición, la voluntad de las partes no puede limitar una situación que, además de ser contraria a la esencia de estos derechos reales, está prohibida como norma general de los derechos reales.

2 Similar al artículo 954 del Código de 1936.

Asimismo, son inembargables, con base en el inciso 3 del artículo 648 del Código Procesal Civil[3], ya que, a decir de Romero Romaña (1947, p. 270), se trata de un derecho real personal. Maisch (1984, p. 105) precisa que, generalmente, se constituyen para satisfacer necesidades primordiales de la persona y su familia, lo que se conoce como el derecho al patrimonio mínimo, que se define como aquel que permite la realización de la existencia, derecho de familia mínimo (Alves, 2010). Por estas consideraciones, es claro entender a estos derechos reales como instituciones que permiten la realización del proyecto de vida; son más personales.

Para González Linares (2012, p. 768), el único acto jurídico que puede realizar el usuario es adquirir la propiedad del propietario, consolidando en su persona los demás poderes de la propiedad. En esta línea, Gonzales Barrón (2013, p. 1888) manifiesta que la única excepción a la intransmisibilidad es la consolidación. Arias Schreiber Pezet (2011a, p. 435) explica que al ser una norma de orden público no puede pactarse en contrario, pero, además, cuando limita la realización de cualquier acto jurídico también estaría limitando la renuncia, situación que no debería pasar, al carecer de sentido, dado que a nadie puede obligarse a mantener una situación jurídica. Gonzales Barrón (2013, pp. 1888-1889) indica que la renuncia logra el mismo objetivo que la consolidación (el propietario expande sus facultades sobre quien renuncia al uso), por lo que la renuncia cuadra funcionalmente en el ámbito de la consolidación.

– ***Existe una relación entre el beneficiario y el bien***

Dado lo personalísimo de estos derechos reales, solo pueden ser utilizados por los beneficiarios y, además, no pueden ser utilizados con un fin distinto por el cual fueron constituidos. Por extensión natural, y por sus orígenes alimentarios, se extienden a la familia.

– ***Se extienden a la familia del titular***

Es lo que se conoce como los alcances o cuantificación del uso, como los llama Gonzales Barrón (2013, p. 1870).

Ambos derechos se extienden a la familia del titular (usuario, habituario), salvo disposición distinta (artículo 1028[4]), lo que para nada impide que el beneficiario pueda ser soltero o viudo, o divorciado sin hijos.

---

3 "[…] 3. Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, *así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia* [las cursivas son nuestras]".

4 Similar al artículo 953 del Código de 1936.

Sobre este punto se presentan varios temas:

- No es una característica de carácter general; puede ser delineado por la voluntad o por la ley.
- Es un derecho limitado; solo concede el uso y los frutos, siendo estos últimos solo hasta donde sean necesarios para el sustento del beneficiario y su familia, aun cuando esta aumente (Salazar Gallegos, 2011c, p. 528).
- ¿Qué se entiende por familia? Hay dos posiciones:

  (i) *Familia afectiva*, referida a aquellos que llevan a cabo vida de relación, sea por parentesco, afinidad y otras relaciones de afecto (Varsi Rospigliosi, 2011, p. 65).

  (ii) *Familia normativa*, tomando como referencia a los beneficiarios del patrimonio familiar (artículo 495): cónyuges, hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad, y los hermanos menores o incapaces del constituyente, *i. e.*, todos los que están a su cuidado y a quienes se les deba alimentos (Ramírez Cruz, 2017, p. 124).

Chaves de Farias y Rosenvald (2009, p. 572) consideran acertadamente que debe diferenciarse entre la familia con una prole numerosa de una metrópolis, de la pequeña familia de una comunidad del interior, debiendo ser la facultad de disfrute mucho más amplia para la primera que para la segunda.

### – *Se rigen por las reglas del usufructo*

De la naturaleza del usufructo se deriva el uso. Es la aplicación supletoria de las normas del usufructo (artículo 1026[5]).

Todo lo regulado en el usufructo es aplicable al uso y habitación, en la medida en que no implique un disfrute pleno y la institución en sí lo permita.

Salazar Gallegos (2011d, p. 525) explica que la frase "en cuanto sean aplicables" quiere decir "en la medida en que no se desnaturalice el instituto bajo estudio y no se le extienda más allá". Para Gonzales Barrón (2013, pp. 1870-1871), la remisión se sustenta en una cuestión de economía legislativa, pero, lamentablemente, es una economía mal entendida, dado que muchas normas del usufructo no calzan con la esencia del uso; en todo caso, se hubiera indicado qué normas son las aplicables. Por nuestra parte, consideramos que ello será establecido por cada caso en particular; no

5 Similar al artículo 951 del Código de 1936.

puede tomarse como una regla general, es lo especial de cada situación lo que demarcará lo aplicable del usufructo.

Las características particulares de cada uno de estos derechos las veremos al momento de analizarlos particularmente.

## 6. Naturaleza jurídica

Son derechos reales típicos. En especial, son derechos reales de goce circunscritos en razón del uso y goce.

| Uso limitado | Goce restringido |
|---|---|
| Solo para el usuario y su familia | |

Representan una carga, no un gravamen. Implican la afectación patrimonial sobre un bien.

## 7. Importancia

Díez-Picazo y Gullón (1985, p. 419) señalan que el derecho de uso constituye un anacronismo y que el derecho de habitación surge de cuando en vez. En el mismo sentido, Gomes (2012, p. 326) sostiene que el uso y la habitación desempeñan una función económica irrelevante en los tiempos presentes; su empleo es raro, por lo que su importancia es diminuta.

En nuestro medio, Maisch (1984, pp. 105-106) precisaba, allá a inicios de los ochenta, que con el fenómeno socioeconómico algunas instituciones, como el uso y la habitación, tienen escasa o nula aplicación, ya que no corresponden a las características de la sociedad a la que sirven. Quizá su empleo es *de facto*, no *de iure*, debido a que los propietarios son cada más reacios a desmembrar su propiedad. Ramírez Cruz (2017, p. 122), con un análisis más contemporáneo, considera que el derecho de uso es muy poco usado por particulares; en cambio, el Estado es el usuario por excelencia; por ejemplo, las áreas de terreno dadas en uso por los municipios para el funcionamiento de mercados.

Entre estas dos vertientes, de aquellos que le restan importancia y de aquellos que rescatan su valor en el derecho público, podemos decir que tanto el uso como la habitación cumplen actualmente una función social, pues permiten que terceros se beneficien de los bienes de acuerdo con sus

necesidades. Asimismo, la habitación, como derecho real especial, tiene una aplicación *sui generis* en el derecho de familia cuando se trata el derecho real de habitación.

Cuando nos referimos a la función social de estos derechos reales, tomamos como base el artículo 923, que indica que la propiedad debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley; asimismo, que más que en la individualidad de los derechos reales debe pensarse en su colectividad. El obtener un máximo provecho no solo en su titular, sino en los demás, bajo la tónica del uso de los bienes.

Entonces, si al derecho de propiedad —como derecho real pleno— se le exige ese rol social, con mayor razón al resto de derechos reales (Moreno Talavera, 2000) que se han constituido, como dice Rojina Villegas (2012, p. 30), a su imagen y semejanza. A mayor abundamiento, consideramos que, si como propietario me exigen que el ejercicio de la propiedad sea en armonía con el interés social con base en el principio *ad minore ad maius*, la misma regla se debe aplicar para el resto de derechos reales (Varsi Rospigliosi, 2018, p. 120).

## 8. Constitución

Se constituyen del mismo modo que el usufructo (artículo 1000, concordado con el artículo 1026). El uso puede constituirse por acto:

*Inter vivos*

- Contrato
  - De uso
  - Donación
- Acto jurídico
  - Unilateral (legado)
  - Bilateral (transacción)
- Prescripción adquisitiva[6]

*Mortis causae*

- Testamento

6 Algunos autores discrepan en cuanto a que la *usucapio* sea una forma de constitución de estos derechos reales (Teles de Menezes Leitão, 2012, p. 347); asimismo, lo limita el Código portugués en el literal b del artículo 1293.

Son fundamentalmente actos reales voluntarios; surgen de la autonomía de la voluntad, el deseo e intención del *dominus* de afectar su bien a favor de otro.

### 8.1 ¿Uso legal y uso judicial?

A diferencia del usufructo legal, el uso y la habitación no son impuestos por la ley; tampoco cabe su establecimiento judicial. Salvo en situaciones poco comunes (Salazar Gallegos, 2011a, p. 529), entre ellas, con algunas discrepancias en el fondo, podríamos considerar los siguientes casos como usos legales:

– ***La vivienda como beneficio legal a quienes vivieron con el causante***

Castañeda (1958, p. 157) decía que el artículo 804 del Código de 1936 (artículo 870 del Código vigente)[7] contenía un derecho real de habitación legal. Por su parte, Maisch (1984, p. 106) consideraba que no se trataba de un derecho real, sino más bien personal, surgido de las vinculaciones que tenían esas personas con el difunto y, además, en algunos casos, se establecía en un inmueble de tercero, siendo imposible desmembrar la propiedad ajena.

– ***Derecho real de habitación vitalicia***

Es el derecho del cónyuge supérstite de habitar vitalicia y gratuitamente en la casa donde existió el hogar conyugal, cuando concurre con otros herederos y sus derechos por legítima y gananciales no alcanzaren el valor para que le sea adjudicada la casa. Este derecho recaerá sobre la diferencia entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales, afectando la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de estos (artículo 731). Este derecho permite la consagración de la calidad de vida del cónyuge supérstite y el hecho de seguir habitando en el bien en el que se constituyó el hogar de familia.

En derecho comparado, tenemos casos similares de uso y habitación legal por su incidencia familiar. Vemos, por ejemplo, el Código Civil de Argentina (artículo 499), el de Chile (artículos 147 y 1337, inciso 10) y el de Portugal (artículo 1793), entre otros.

---

7 Este artículo se refiere a la carga de la herencia a favor de las personas que vivieron en la casa del causante o alimentadas por este, quienes tienen el derecho de exigir que continúe la atención de estos beneficios con cargo a la masa hereditaria.

### *8.2 Formalidad*

La norma no exige formalidad alguna; sin embargo, tenemos algunas precisiones si se trata de bienes muebles o inmuebles:

- *Muebles.* Si son bienes no registrables, solo bastaría con un documento de fecha cierta. Se requiere la *traditio*.
- *Inmuebles.* Debe extenderse por escritura pública e inscribirse en el Registro para que pueda ser oponible a terceros (artículo 2019, inciso 1, Principio registral de relevancia).

## 9. Alcances

Su alcance se mide por (i) el acto constitutivo (título), o, en su defecto, (ii) por normas propias de estos derechos, o (iii) por las normas del usufructo en el Código (artículo 1005).

Sobre el particular, cabe señalar que si bien los derechos del usufructuario pueden ser de mayor o menor amplitud en razón del acto jurídico que los constituye, en ciertos casos, podemos encontrarnos, muchas veces, con que el uso y el usufructo se asemejan hasta tal punto "que se tratará de uno u otro, no por el distinto contenido de cada uno, sino por el nombre que se le haya dado al contrato" (Mariani de Vidal, 2010, p. 62), lo cual sabemos que no es así en razón de los títulos suscritos por las partes; lo que importa es el contenido del derecho real pactado en función de su clausulado y no la denominación con la que lo presenten.

Por ello, debe quedar claro que si bien en el título constitutivo pueden ampliarse los derechos del usuario, no puede ser al punto de desfigurar el derecho, transformándolo en usufructo (Gomes, 2012, p. 328).

## 10. Relaciones jurídicas

### *10.1 Derechos y obligaciones del nudo propietario*

Son las mismas que las del nudo propietario, pero dirigidas a su relación con el bien. En su caso, y dada la naturaleza de estos derechos, cuenta con los siguientes derechos especiales:

- El nudo propietario puede conservar ciertos derechos de disfrute, ya que estos pertenecen al beneficiario de manera limitada. Como dice

Arias Schreiber Pezet (2011a, p. 430), existe un disfrute compartido entre el propietario y el usuario.

– El nudo propietario tiene derecho a los frutos de la vivienda, en la medida en que no afecte el derecho de habitación del habitacionista.

### *10.2 Derechos y obligaciones del usuario y habituario*

Son las mismas que las del usufructuario, pero dirigidas a la relación con el bien.

– El usuario tiene un derecho de uso limitado y un disfrute restringido.

– El habitacionista solo tiene derecho de uso limitado a la vivienda; su goce es más restringido que el uso.

## 11. Extinción

Se extinguen del mismo modo que el usufructo (artículo 1000, concordado con el artículo 1026).

– Falta de uso

– Consolidación

– Pérdida del bien

– Abuso del derecho

– Destrucción del bien

– Vencimiento del plazo

– Renuncia del beneficiario

– Muerte del beneficiario (intransmisible)

– Deterioro del bien (por dolo o culpa) o perecimiento por falta de reparaciones ordinarias

Gama (2001, pp. 553-554) considera que, siendo la necesidad la causa del derecho de uso o habitación, extinguiéndose esta, *i. e.*, no habiendo necesidad, debe reconocerse la extinción del derecho.

***Subrogación real***

Dado lo *intuitu personae* del bien, es discutible, aunque nada impide que proceda, que en caso de destrucción opere la subrogación real, *i. e.*, que la

cosa fructuaria sea sustituida por la indemnización pagada por la destrucción (artículo 1023).

## 12. Acciones de defensa

El Código no trata expresamente de los medios de defensa de este derecho, pero entre ellos tenemos:

- *Acción declarativa.* Su fin es determinar la existencia o inexistencia de la relación jurídica real, en este caso, del uso o habitación.
- *Acción reivindicatoria.* Es una tutela restitutoria; es hacer efectivo un derecho, recuperando el bien para darle el uso que le corresponde. Se manifiesta por el derecho de persecución.
- *Acciones posesorias (interdictos).* Su objetivo es la defensa y protección de la posesión, *i. e.*, que el derecho real pueda ser utilizado por su titular.

Así también procede la defensa posesoria extrajudicial (artículo 920), como una medida de autodefensa o autoprotección de la posesión del bien.

## 13. Reparaciones, mejoras y reembolsos

Reparaciones, mejoras y reembolsos son aplicables como tal, de acuerdo con los alcances del derecho.

Dice bien Arias Schreiber Pezet (2011a, pp. 430-431) que, en la medida en que dichas mejoras sean compatibles con los derechos de los beneficiarios sobre el bien, serán de aplicación las normas del usufructo (artículo 916, por remisión del artículo 1015).

## 14. Conclusión

Es necesario realizar un análisis contemporáneo de estos derechos reales de goce, del uso y la habitación, a la luz de las nuevas tendencias del mercado, partiendo de su génesis, esencia y naturaleza, a fin de presentarlos, hoy en día, como típicos derechos reales que siguen teniendo vigencia y que, en todo caso, vienen amoldándose a las nuevas situaciones económicas, sociales y financieras.

## II. DERECHO REAL DE USO

### 1. Antecedentes

El *usus* es una institución desarrollada en el derecho romano (Venezian, 1928, p. 1).

### 2. Etimología

Es el *usus* de los romanos.

### 3. Concepto

Un miniusufructo, usufructo simple, diminuto, pequeño, en miniatura. Es un usufructo limitado, una especie de él. *Usus* (total) y *fructus* (parcial). Implica la acción y efecto de servirse de una cosa, de emplearla o utilizarla.

Es el derecho a la utilidad de la cosa (Gatti y Alterini, 1998, p. 98). Es servirse, utilizar o valerse de la cosa ajena solo en aquello necesario, indispensable y básico para el titular y su familia, *quod ad victum sibi suisque sufficiat*[8].

Entre usufructo y servidumbre, hay una hibridación real. Puig Peña, citado por Salazar Gallegos (2011d, p. 526), así como Teles de Menezes Leitão (2012, p. 349), nos dicen que el uso es una forma intermedia entre el usufructo y la servidumbre. Reconocen del primero su atribución a una persona determinada y del segundo, su limitación a ciertas facultades de la cosa.

Téngase en cuenta que su ámbito está en relación directa con la denominación del derecho real. *Ab initio* se confirió facultades en mérito de su *nomen*, *i. e.*, solo se refería al uso; luego se ampliaron al disfrute, aprovechando el usuario los provechos elementales que proveía el bien (Salazar Gallegos, 2011d, p. 525).

### 4. Definición

Para Maisch (1984, p. 104), es el derecho real que permite al usuario contar con la facultad de utilizar el bien y de extraer sus frutos, limitando el aprovechamiento a sus propias necesidades y las de su familia. Ramírez

8 D. 7, 8, 12, §1.

Cruz (2017, p. 122) señala que es un derecho real de menor extensión que el usufructo, que recae sobre un bien ajeno, mueble o inmueble, no consumible y, por lo mismo, limitativo de propiedad. El uso permite a su titular la utilización y el derecho (restringido) sobre los frutos y productos del mismo circunscrito a las necesidades del usuario y su familia.

El derecho real de uso es la facultad de utilizar la cosa ajena (*ius utendi*) sin alterar su sustancia, percibiendo sus frutos (*ius fruendi*) en forma limitada, en la medida necesaria para cubrir las necesidades del usuario y su familia.

## 5. Características

Las características propias del uso son las siguientes:

- Es un *usus* limitado.
- Es un *fructus* restringido. Permite solo la obtención de frutos o beneficios del bien en la medida necesaria para interés personal del usuario y su familia (limitación cualitativa).

  Dice Trimarchi (1992, p. 927) que el usuario está así legitimado para obtener del objeto todas las utilidades que este sea idóneo para producir, siempre y cuando lo haga de forma personal y directa, siendo afectado por una autolimitación por la cual también la utilización tiene un límite, aunque sea implícito (y subjetivo). Entre nosotros, Gonzales Barrón (2013, p. 1870) indica que el usuario solo se sirve del bien según su función típica, personal y directa, mientras que, en el caso de los bienes fructíferos, se permite el recojo inmediato de frutos.

  El Digesto[9] presenta este derecho real encerrado dentro de límites más estrechos: solo uso, *uti potest, frui non potest*, un "uso sin disfrute". Díez-Picazo y Gullón (1985, pp. 418-419) citan como ejemplo que si a alguien "se le ha dejado o legado en uso un rebaño de ovejas, podrá usarlo únicamente para estercolar [abonar], pero no servirse de la lana, ni de las crías, porque esto no es fruto". Sin embargo, con el tiempo, se vio que era demasiado riguroso prescindir en absoluto del *ius fruendi*, además de reconocerse que el derecho de usar el bien sin percibir frutos venía a ser ilusorio (Romero Romaña, 1947, p. 270), haciendo poco menos que inútil el derecho de uso. Otro ejemplo es que "el uso de un fundo de tierra se reducía para el usuario a residir y pasearse; el uso de un rebaño,

9 L. VII, Tít. 8, fragmento 2.

al derecho de abonar su campo" (Petit, 1980, p. 336). Se tenía el bien, pero no podía gozarse, lo que Ramírez Cruz (2017, p. 119) nos recuerda y relaciona con el suplicio de Tántalo en la mitología griega.

Es de este modo como, lentamente, se llegó a permitir al usuario percibir los frutos en la medida de sus necesidades y las de su familia (Lafaille y Alterini, 2011, p. 192). Así el brocardo reza: *non usque ad compendium, sed ad usum scilicet, non usque ad abusum*[10], para el uso cotidiano, no para guardar, sino para el uso, es, a saber, no hasta el abuso. Como dice Musto (2000, p. 136), fueron la costumbre y la jurisprudencia las que, poco a poco, superaron la rigidez de esta concepción y le dieron más elasticidad, concediendo al titular la facultad de aprovechar ciertos frutos; de esta manera, el uso se perfiló como un usufructo limitado a las necesidades del usuario y su familia. Como manifestamos al inicio, se trata de una limitación cualitativa sustentada en un interés particular, el del sujeto y su entorno familiar.

- Es frecuentemente gratuito. El carácter oneroso o lucrativo está fuera de su esencia, aunque nada impide que el derecho real de uso pueda ser oneroso.
- Debe el usuario conservar la forma y la sustancia del bien.

## 6. Ámbito

Rojina Villegas (2012, pp. 475-476, nota 38), siguiendo a Thibaut y Ducaurroy, afirma que el uso puede estar separado de los frutos, llamándose *nudus usos*: *constituitur etiam nudus usus, id est, sine fructus*; es decir, el usuario solo tiene el bien sin percibir sus frutos, *uti potest, frui non potest*.

Se trata de un uso de forma directa e inmediata del bien; su generación no incumbe ni beneficia.

## 7. Elementos

Los elementos que componen el uso son el subjetivo, el objetivo y el temporal.

### *7.1 Subjetivo*

Son los sujetos. Es el aspecto personal.

10 L. 12, §1, Tít. 8. *De uso et habitatione*, Lib. 7 del Digesto.

Lo constituyen las partes, esto es, aquellos que intervienen en el uso. Es el aspecto de interrelación entre quienes disponen del derecho y la facultad sobre el bien materia de uso.

### 7.1.1 Nudo propietario

Es quien tiene el dominio de la cosa. Aquel que se desprende de la posesión y del derecho de uso de una cosa a favor de otra persona, manteniendo la facultad de disposición.

El nudo propietario puede ser persona natural o persona jurídica. Pueden ser uno o más de uno; en este caso, se hablará de nudos copropietarios.

No se requiere ser *dominus* para constituir el uso; puede hacerlo también el titular de un derecho de goce amplio sobre la cosa.

### 7.1.2 Usuario

Es el titular del derecho real de uso. Es quien tiene la posesión inmediata del bien. Usa y goza una parte limitada de los frutos con cargo de conservarla y restituirla al nudo propietario.

Puede ser una persona natural. Puede ser uno o más; sucesivo (uno después de otro), simultáneo (todos a la vez), alternativo (se van turnando) o divisible (varios respecto de un bien). No requiere, necesariamente, que el usuario sea capaz de ejercicio.

Se discute si el usuario puede ser una persona jurídica. Si bien el uso es personal y, en su caso, puede extenderse a la familia del usuario, el artículo 1028 del Código hace la salvedad de que puede ser exclusivo de usuario, lo que, con un criterio amplio, permitiría que una persona jurídica sea titular de este derecho real. Otro sector, en cambio, señala que, al no tener la persona jurídica una familia, este derecho no le sería de aplicación (Lôbo, 2015, p. 263).

### 7.1.3 Constituyente

Puede que exista o no. Es aquel que da origen, quien otorga el derecho real.

Verbigracia, el usufructuario que cede su derecho de uso a favor de otra persona; el heredero o albacea que, cumpliendo la última voluntad del testador, hace entrega del legado de uso a una persona.

### 7.2 Objetivo

– Muebles

– Inmuebles

Solo pueden ser bienes no consumibles; además, deben ser corporales[11], como dicen Arias Schreiber Pezet (2011a, p. 431) y Díez-Picazo y Gullón (1985, p. 419).

Según Borda (2008, p. 98), son todas las cosas cuyo goce pueda ser de alguna utilidad para el usuario. No se requiere una utilidad económica o práctica, incluso pueden ser simplemente estéticas, de adorno o decorativas.

Para Gama (2001, p. 551), un bien no puede ser objeto de uso en parte; debe ser siempre integral. Sin embargo, consideramos que puede darse en uso todo el bien o parte del mismo.

No pueden ser objeto de uso:

– Créditos

– Universalidades

– Bienes consumibles

– Todos aquellos que no pueden ser usufructuados

¿Y qué sucede con los derechos personales? Consideramos que no pueden afectarse por el uso.

Un derecho cede en uso, justamente, para sacar un provecho integral, casi siempre económico, o para obtener un beneficio del mismo, un provecho pleno.

Los derechos personales disponibles, como nombre, voz, imagen, autor, sí podrán ser materia de derecho de uso.

### 7.3 Temporal

Es por tiempo determinado. Es el aspecto transitorio. El uso sucede en un tiempo dado.

---

11 Corral Talciani (1996, p. 16) explica que "la expresión *cosas incorporales*, en su sentido técnico jurídico, no debe ser identificada con las nociones filosóficas que dicen relación con lo ideal o lo incorpóreo, sino que corresponden únicamente aquellas relaciones subjetivas que pueden incluirse dentro de la categoría de derechos reales (usufructo, servidumbres) o derechos personales (créditos) […] Solo los derechos son cosas incorporales".

Puede ser momentáneo o vitalicio, nunca perpetuo. Ramírez Cruz (2017, p. 128) señala que, si no se otorga un plazo, se considerará vitalicio, siendo esta la regla temporal. Si no se establece un plazo, se entiende que permanece en el tiempo sujeto a la vida del usuario.

Puede constituirse uso por edad o por plazo establecido.

– Edad
  - *Temporal*, por un tiempo de vida (años) expresamente determinado.
  - *Vitalicio*, constituido expresamente durante el tiempo que viva el usuario. No indica duración. No se extingue, por naturaleza de la institución, hasta que el usuario muera.
– Plazo establecido (días, meses o años)

***Casos especiales en cuanto al plazo***

– Persona jurídica: máximo por 30 años.
– Bienes inmuebles de valor monumental: máximo por 99 años.

## 8. Atributos

Son los denominados poderes o facultades del uso.

Este derecho real menor no atribuye todas las facultades, sino solo algunas, de allí que Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 175) digan que no es un derecho completo. Si fuera completo, tendría el resto de facultades; al no ser así, se presenta como un derecho real incompleto, pero que finalmente cumple una función. Veamos:

### *8.1 Uso*

Es un *usus* específico. *Ius utendi*, *usus*, utilización de la cosa, servirse de ella. *Uti.*

### *8.2 Disfrute*

Es un *fruendi* restringido a las necesidades del titular y las de su familia, *modica perceptio.*

*Ius fruendi*, *fructus*, disfrute, aprovechamiento de la cosa, beneficio *per se* y de su familia, fruición. El disfrute alcanza el incremento del bien por accesión. *Frui.*

## III. DERECHO REAL DE HABITACIÓN

### 1. Antecedentes

Rojina Villegas (2012, p. 476, nota 39), refiriéndose a la evolución del derecho de habitación, nos dice que su naturaleza y extensión fue muy discutida por los romanos.

Justiniano, en el 530, dicta una constitución[12] con el fin de eliminar la incertidumbre y cuestiones agitadas por la jurisprudencia. Esta unificó las diferentes figuras clásicas de la habitación, individualizando, al lado del usufructo y el uso, la *habitatio* como un derecho real distinto y autónomo, que incluye típicamente como objeto la facultad de habitar (Astuti, 1958, p. 92). Consideró a la habitación como derecho de propia índole (autónomo), más extenso que el uso, pero más limitado que el usufructo. El titular tiene la facultad de habitar *per se* la casa de otra persona, pero no puede cederla a título gratuito, en razón de que la habitación fue considerada como una especie de alimentos. Se distinguió del uso y del usufructo (Vieira, 2008, p. 775).

Los romanos la denominaron *usufructus domus habitatio, usus domus.*

### 2. Etimología

Es la *habitatio* de los romanos. *Habitere*, *habitacionis*. *Aedium usus*, usufructo de una casa.

### 3. Concepto

Es el derecho real de disfrute de menor contenido, el más limitado de todos (diferencia de su tratamiento en Roma).

Es la especialización legal del uso (Lôbo, 2015, p. 264). Una especie del derecho real de uso (Gomes, 2012, p. 326), *i. e.*, la ley que crea la dimensión de este derecho real para satisfacer el espacio que necesita un sujeto para vivir.

Es el derecho a la utilidad de morar en una casa (Gatti y Alterini, 1998, p. 99). El derecho real de uso es el *genus*, mientras que el derecho real de habitación es la *spes*. La habitación se deriva del uso, es una forma especial de él, dirigido específicamente a un inmueble a fin de ser usado como habitación, morada, sitio para vivir, *habitandi causa*, pero limitado a las necesidades de vivienda de su titular y de su familia.

---

12 *Corpus Iuris Civilis*, C.3.30.13 pr.: *sed ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio.*

Salazar Gallegos (2011c, p. 527) refiere que se trata de un derecho de uso restringido por el hecho de recaer sobre determinados bienes, solo inmuebles, que sirven para un supuesto específico: morada.

Es una institución que se relaciona con el domicilio, en el sentido de que, siendo utilizado como vivienda (residencia), configura el *locus* donde puede ser ubicado el sujeto para imputarle relaciones jurídicas, aunque Lôbo (2015, p. 264) nos diga que la habitación es un concepto más amplio que el de residencia o domicilio (puede haber habitación sin ser domicilio del titular, situación que es del todo cierta).

Quien habita, usa, mas no todo el que usa habita, de forma que si uso para habitar es derecho real de habitación, independientemente del tipo de bien que de morada me sirva.

## 4. Definición

Para Maisch (1984, p. 105), es el derecho real que faculta a su titular a usar una casa ajena o parte de ella como morada; es un derecho real mediante el que se habita una casa ajena. Ramírez Cruz (2017, p. 140) señala que es el poder de ocupar en una casa ajena el total o parte de ella, básicamente, para morada o vivienda, a fin de que satisfaga las necesidades del habitacionista y de su familia.

Es un derecho real que permite a un sujeto (habituario o habitador) morar en un lugar (casa, departamento, etcétera) en orden a sus necesidades como titular y familiares.

## 5. Características

El derecho real de habitación tiene características propias que lo diferencian del uso, es más, que le dan la categoría de ser una forma de uso, un uso determinado.

– *Usus* limitado del bien a la morada. Quien habita, usa, mas no todo el que usa habita (Lôbo, 2015, p. 265). No puede constituirse habitación para fines lucrativos (Maisch, 1984, p. 106); además, se trata de un derecho de uso continuado de una casa habitación (González Linares, 2012, p. 777). Es el estar en un lugar y utilizarlo como vivienda lo que marca este derecho real.

– No hay *fruendi*. No se permite la obtención de frutos o beneficios del bien, no puede arrendarse, ni darse en comodato, no procede el aprovechamiento

económico de terceros; ello desnaturalizaría el instituto. Sin embargo, nada obsta a que teniendo el bien en habitación un jardín frutal pueda el beneficiario tomar los frutos para sus necesidades, mas no puede venderlos. Solo puede usarse como vivienda. Es el nudo propietario quien tiene el derecho sobre los frutos de la vivienda, siempre que no vulnere los derechos del habitacionista (Arias Schreiber Pezet, 2011a, p. 430).

– Recae sobre un bien inmueble que es habitable.

– Es gratuito. El carácter oneroso está fuera de su esencia social y el rol que cumple de satisfacer una necesidad básica del sujeto y su familia; *a contrario sensu*, se confundiría con el arrendamiento (Salazar Gallegos, 2011a, p. 529; Maisch, 1984, p. 107). Esto es una diferencia con el usufructo, que sí puede ser oneroso. Para Rojina Villegas (2012, p. 476), la habitación siempre será gratuita, no onerosa; en cambio, el uso puede ser, como el usufructo, a título oneroso o gratuito. Esta es una característica básica del derecho real de habitación.

## 6. Elementos

Los elementos que componen la habitación son el subjetivo, el objetivo y el temporal.

### *6.1 Subjetivo*

#### 6.1.1 Nudo propietario

Es quien tiene el dominio de la cosa. Aquel que se desprende de la posesión y del derecho de uso de una cosa a favor de otra persona, manteniendo la facultad de disposición.

El nudo propietario puede ser persona natural o persona jurídica.

No se requiere ser *dominus* para constituir la habitación. El titular de un derecho de goce amplio sobre la cosa puede hacerlo.

#### 6.1.2 Habituario

Es el titular del derecho real de habitación. Llamado habitacionista, habitador o morador usuario.

Es quien tiene la posesión inmediata del bien. Lo usa como vivienda con cargo de conservarla y restituirla al nudo propietario.

Puede ser una persona natural. Solo este sujeto puede serlo, dado que es el único que puede habitar una casa como morada.

Puede ser uno o más; sucesivo (uno después de otro), simultáneo (todos a la vez), alternativo (se van turnando) o divisible (varios respecto de un bien).

No requiere, necesariamente, que el habitacionista sea capaz de ejercicio.

Como indicamos *ut supra*, la mayor parte de la doctrina y la legislación consideran que solo puede ser titular de este derecho real la persona natural (Lafaille y Alterini, 2011, pp. 194-195). Sin embargo, existen criterios en contra que habilitan a la persona jurídica como un titular de la habitación, verbigracia, cuando se constituye este derecho real a fin de usar el bien como oficinas; además, porque no hay norma que lo prohíba (Borda, 2008, p. 98). Consideramos, con un criterio amplio, que al permitir un bien el estar de un sujeto, independientemente del uso —vivencial o comercial—, este derecho real podría ser perfectamente aplicable.

### 6.1.3 Constituyente

Puede que exista o no. Es aquel que da origen, quien otorga el derecho real.

Por ejemplo, el usufructuario que cede su derecho de habitación a favor de otra persona; el heredero o albacea que, cumpliendo la última voluntad del testador, hace entrega del legado de habitación a una persona.

## *6.2 Objetivo*

El objeto debe ser habitable, cumplir con dicha función. Por eso, se dice que la habitación es un derecho que se amolda en atención al objeto: casa morada (Vieira, 2008, p. 778).

– ***Inmuebles***

El objetivo son solo inmuebles habitables, una casa habitación o parte de ella, que permita un sitio para ser usado en calidad de morada (casa, departamento). Debe ser un inmueble de naturaleza urbana (Gama, 2001, p. 534), vale decir que sea habitable, pudiendo ser en la ciudad o en el campo; no pueden ser materia de habitación un campo o terreno eriazo, dado que estos no sirven para habitar, sino para producir. A decir de Lafaille y Alterini (2011, p. 206), a la habitación alcanzan los accesorios de la casa, aquellos que permiten su uso como tal y que facilitan la estancia del habitante.

Puede darse en habitación todo el bien o parte del mismo.

– ***Muebles***

Paulo Lôbo (2015, p. 265), si bien reconoce que no es posible habitar en un mueble, hace la salvedad de que puedan ser usados como casa: casa rodante, casas remolcables, *mobile homes*, *trailers* o *house trailers* (artículo 886, inciso 1).

A ello le agregamos otros casos:

- Un contenedor
- Un carromato
- Un barco anclado
- El vagón de un tren

Así, tenemos un criterio restrictivo —inmuebles (solo casa)— y un criterio amplio —muebles y demás (todo aquello en lo que pueda vivir)—.

Aclara con precisión Arias Schreiber Pezet (2011a, p. 431) que no podría constituirse derecho de habitación sobre un terreno sin edificar. Tampoco, sobre un predio rústico, agrícola, ni en un estacionamiento, un almacén o un depósito. Estos bienes no cumplen con la condición de habitabilidad.

Entre el uso y la habitación, existen límites de los derechos derivados de su constitución. Sobre una casa de verano no procedería un derecho de habitación; sería, en todo caso, de uso —no es vivienda *per se*—, dado que el titular del derecho está yendo y regresando al bien; no es su vivienda, es un bien en el que pasa temporadas cortas, no hay morada, solo una estancia pasajera. Existe un desdoblamiento del *ius utendi* (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 578) que debemos saber identificar.

## *6.3 Temporal*

Es por tiempo determinado. Es el aspecto transitorio. El uso sucede en un tiempo dado.

Puede ser momentáneo o vitalicio, nunca perpetuo.

Puede constituirse habitación por edad o por plazo establecido:

– Edad

- *Temporal*, por un tiempo de vida (años) expresamente determinado.
- *Vitalicio*, constituido expresamente durante el tiempo que viva el habitacionista. No indica duración. No se extingue, por naturaleza de la institución, hasta que el usuario muera.

– Plazo establecido (días, meses o años)

### 7. Atributos

Son los denominados poderes o facultades del uso. Los derechos reales menores no atribuyen todas las facultades, solo algunas. Veamos:

#### *7.1 Uso*

Es un *usus* específico, un nudo uso (De Reina Tartière, 2012, p. 335). Solo es un usar el bien de morada, servirse del lugar para vivir.

Es un *usus* limitado a necesidades del titular o las de su familia.

El propietario se reserva para sí todos los poderes dominiales, excepto la posibilidad de morar en el bien, siendo la habitación a favor del beneficiario. De allí la imposibilidad de permitir el registro de un bien gravado con habitación con inserción de una cláusula reservando la morada al propietario; esto sería negar la esencia del instituto (Chaves de Farias y Rosenvald, 2009, p. 577).

#### *7.2 Disfrute*

Es un *fruendi* excepcional (aunque discutible en el fondo).

Excepcionalmente, el habitacionista podría hacer suyos los frutos del bien, para sí y su familia; se trata de un uso directo y personalísimo.

No procede el arrendamiento o comodato sobre el bien; la renta que se pague sería un fruto civil que no es viable obtenerlo a través del derecho de habitación.

## IV. EL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN DE INTERÉS SOCIAL

### 1. Generalidades

Resulta de interés mencionar el derecho brasileño, en el que se ha formulado, en las instituciones estudiadas, un tratamiento social de las mismas.

Así, mediante L.11.481/2007, Ley de Derechos Reales de Interés Social, se modifica el Código Civil brasileño (artículo 1225) a fin de incorporar dos nuevos derechos reales:

– Concesión de derecho real de uso

– Concesión de uso para fines de morada

Penteado (2008, p. 607) considera que esta ley, marcando más la idea de la función social de la propiedad, hace posible una efectiva utilización social de los bienes. Los derechos reales sociales permiten a los sujetos de derecho que la efectiva utilización —*usus facti*— tenga tanto peso como la *potestas.* Es el reconocimiento del uso reflejado en poder.

Esta ley permite la morada o el uso respecto de los bienes del Estado (incluso terrenos de la marina), siendo conferidos a los poseedores que cumplan con ciertos requisitos. Es una forma de reconocimiento de adquisición por *usucapio* de estos derechos reales.

La diferencia con el uso y habitación, antes tratados, es que estos derechos se refieren a bienes del Estado y se instituyen por acto administrativo (Nery Junior y De Andrade Nery, 2012, p. 1111), cuya finalidad es reconocer el derecho *de facto* que tiene un particular respecto de un bien estatal.

Hasta donde hemos investigado, el derecho brasileño trata estos derechos reales de una forma excepcional, consagrándoles una función social, de acceso a los bienes del Estado para su uso.

## V. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN PERIÓDICA

### 1. Generalidades

Es el caso de tiempo compartido o *time-sharing*, conocido como multipropiedad inmobiliaria en algunos sistemas, como el de Portugal (Decreto Ley 355/81). Regula el derecho real de habitación periódico en inmueble o conjunto inmobiliario destinado a fines turísticos; es un nuevo derecho real de goce.

Para Teles de Menezes Leitão (2012, p. 401), el derecho real de habitación periódica es instituido para potenciar un aprovechamiento más intensivo de los emprendimientos con fines turísticos. A su vez, Vieira (2008, p. 852) confirma que tiene una ligazón íntima con la actividad turística y la explotación de emprendimientos turísticos.

Conforme a la obra de Teles de Menezes Leitão (2012, pp. 401 y ss.), podemos indicar las siguientes caraterísticas:

- Es un derecho real de goce menor.
- El objeto es una cosa inmueble específica, una unidad de alojamiento integrada en hoteles o apartamentos turísticos.
- Permite una utilización temporal o periódica.

– Su duración es tendencialmente perpetua, pero el título constitutivo puede limitarla a un plazo.

– Poderes del titular:

  - Utilizar el bien para el período que respecta para su derecho.
  - Usar las áreas comunes del emprendimiento turístico.
  - En caso de que no haya cupo en el emprendimiento, exigir un alojamiento alternativo de categoría idéntica o superior.
  - Disfrutar el bien y darle el uso que corresponda.
  - Votar en las deliberaciones de la asamblea general de titulares del derecho real de habitación periódica.
  - Se puede transmitir por acto *inter vivos* o *mortis causae*.
  - Está sujeto a las causas de extinción general de los derechos reales que le sean aplicables.

Es un nuevo derecho real que surge como consecuencia de la actividad turística para facilitar a los titulares el acceso a bienes en ciertas épocas del año. Téngase presente que la multipropiedad inmobiliaria, como también se le conoce, es para algunos una especie de derecho de propiedad, no un nuevo derecho real. En nuestro medio se encuentra regulada en el Decreto Legislativo N.º 706, Regulan legislativamente la modalidad denominada "tiempo compartido" para desarrollar establecimientos turísticos (DOEP, 8/11/91).

# Anexo 2
# Diferencias del usufructo con el uso y habitación

| Usufructo | Uso y habitación |
|---|---|
| **Semejanzas** | |
| Desmembraciones de la propiedad. | |
| Temporalidad. | |
| Se constituyen por contrato, acto jurídico unilateral o testamento. | |
| Se rigen por el título de constitución. | |
| Se extingue por las mismas causales. | |
| Requieren conservar la forma y sustancia del bien. | |
| **Diferencias** | |
| General | Personalísimo |
| Completo | No completo |
| *Ius utendi* e *ius fruendi* en toda su extensión. Ilimitado.<br><br>La única limitación está en conservar la forma y sustancia del bien. | *Ius utendi* e *ius fruendi* limitado a aquello necesario al titular o a su familia. |
| No es personalísimo.<br><br>Se puede ceder, transferir, a título oneroso o gratuito, o gravar el usufructo, salvo que se haya constituido en calidad de personalísimo. | Es personalísimo.<br><br>No se puede ceder, transferir a ningún título, o gravar, prestarse ni arrendarse, es personalísimo. |
| Puede constituirse por ley. | Solo en casos muy especiales se permite su constitución legal. |
| Bienes consumibles y no consumibles | Bienes consumibles |
| El usufructuario percibe todos los frutos que produce la cosa.<br><br>Adquiere los frutos (de sí). | El usuario y el habitador tienen un goce restringido, que se determina por el título constitutivo.<br><br>El uso y la habitación se limitan a las necesidades personales del usuario o del habitador y de su familia.<br><br>Consume los frutos (para sí). |
| El usufructuario soporta las cargas fructuarias. | El usuario y habitador son responsables a prorrata del beneficio que reporten los frutos. |
| Puede transferir o gravar, libre y plenamente, los frutos al corresponder *in toto* al usufructuario. | Utiliza los frutos en su beneficio o el de su familia. |
| Embargable | Inembargable |
| El usufructuario debe rendir caución e inventario solemne a su costa. | El usuario y habitador no tiene obligación de rendir caución y excepcionalmente están obligados al inventario. |

## Anexo 3
## Diferencias entre uso y habitación

| Uso | Habitación |
|---|---|
| Utilizar el bien, usarlo. | Vivir en el bien, habitarlo. |
| Oneroso o gratuito. | Gratuito. |
| Uso y disfrute limitado. | Uso limitado y disfrute restringido. |
| Mueble o inmueble. | Inmuebles habitables. |
| Uso restringido a caracteres del bien. | Uso dirigido, morada. |
| Personas naturales o jurídicas. | Personas naturales. |
| Permite la recolección de frutos. | No permite la recolección de frutos, salvo los necesarios. |

## Anexo 4
## Diferencias entre el derecho real de habitación y el derecho de usufructo de la casa habitación

| Derecho real de habitación | Derecho de usufructo de la casa habitación |
|---|---|
| Es un derecho autónomo*.<br>Es el derecho de habitar vitalicia y gratuitamente en la casa donde existió el hogar conyugal cuando concurre con otros herederos y sus derechos por legítima y gananciales no alcanzaren el valor para que le sea adjudicada la casa.<br>Este derecho recaerá sobre la diferencia entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales, afectando la cuota de libre disposición del causante y, si fuere necesario, la reservada a los demás herederos en proporción a los derechos hereditarios de estos (artículo 731). | Es un derecho complementario al derecho real de habitación.<br>Es el derecho de arrendar la casa habitación con autorización judicial, siempre que no estuviere en situación económica para sostener sus gastos. Esto le permitirá percibir para sí la renta y ejercer sobre la diferencia existente entre el valor del bien y el de sus derechos por concepto de legítima y gananciales los demás derechos inherentes al usufructuario.<br>En caso de extinguirse el arrendamiento, el cónyuge sobreviviente podrá readquirir a su sola voluntad el derecho de habitación (artículo 732). |
| Mientras la casa habitación esté afectada por el derecho real de habitación o de usufructo tendrá la calidad legal de patrimonio familiar. | |

* Se deriva, o especializa, del derecho de habitación consagrado en el Libro de Derechos Reales (artículos 1027 y ss.); es un derecho de uso más restringido, solo recae sobre la casa habitación.

## Referencias

Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A. (2016). *Tratado de derechos reales. Bienes* (7.ª ed., vol. II). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Alves, L. (2010). *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplição e o campo de incidência da autonomía privada no direito de família.* Río de Janeiro: Lumen.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011a). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* (2.ª ed., vol. III). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011b). Transmisión y gravamen del usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 479-480). Lima: Gaceta Jurídica.

Astuti, G. (1958). Abitazione (diritto di) (a. Diritto romano e intermedio). En F. Calasso (Ed.), *Enciclopedia del diritto* (vol. I, pp. 91-94). Milán: Giuffrè.

Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil. Derechos reales* (5.ª ed., vols. I y II). Buenos Aires: La Ley.

Cabanellas, G., y Hoague, E. (2010). *Law dictionary* (2.ª ed., vol. II). Buenos Aires: Heliasta.

Castañeda, J. (1958). *Instituciones de derecho civil* (2.ª ed., vol. II). Lima: Villanueva, P. L.

Chaves de Farias, C., y Rosenvald, N. (2009). *Direitos reais* (6.ª ed.). Río de Janeiro: Lumen Juris.

Corral Talciani, H. (1996). Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito. *Revista de Chilena de Derecho, 23*(1), 13-18.

De Reina Tartière, G. (2012). *Derecho civil. Derechos reales.* Madrid: CEF.

Díez-Picazo, L., y Gullón, A. (1985). *Sistema de derecho civil* (3.ª ed., vol. III). Madrid: Tecnos.

Gama, G. (2001). *Direitos reais.* São Paulo: Atlas.

Gatti, E., y Alterini, J. (1998). *El derecho real. Elementos para una teoría general.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gomes, O. (2012). *Direitos reais* (21.ª ed.). Río de Janeiro: Forense.

Gonzales Barrón, G. (2013). *Tratado de derechos reales* (3.ª ed., vol. II). Lima: Jurista.

González Linares, N. (2012). *Derecho civil patrimonial. Derechos reales* (2.ª ed.). Lima: Jurista.

Lafaille, H., y Alterini, J. (2011). *Derecho civil. Tratado de los derechos reales* (2.ª ed., vol. IV). Buenos Aires: La Ley.

Lôbo, P. (2015). *Direito civil.* São Paulo: Saraiva.

Maisch, L. (1984). *Los derehos reales* (3.ª ed.). Lima: Studium.

Mariani de Vidal, M. (2010). *Derechos reales* (8.ª ed., vol. III). Buenos Aires: Zavalía.

Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial* (2.ª ed., vol. III). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Moreno Talavera, G. (2000). *A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

Musto, N. (2000). *Derechos reales* (vol. II). Buenos Aires: Astrea.

Nery Junior, N., y De Andrade Nery, R. (2012). *Código Civil comentado* (9.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Penteado, L. (2008). *Direito das coisas* (2.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Peña Bernaldo de Quirós, M. (1999). *Derechos reales. Derecho hipotecario* (3.ª ed., vol. II). Madrid: Centro de Estudios Registrales.

Peñailillo, D. (2014). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Petit, E. (1980). *Tratado elemental de derecho romano.* Buenos Aires: Albatros.

Pontes de Miranda, F. (1983). *Tratado de direito privado* (vol. XIX). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Ramírez Cruz, E. (2017). *Tratado de derechos reales* (4.ª ed., vol. III). Lima: Gaceta Jurídica.

Rivero Hernández, F. (2010). *El usufructo.* Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters-Civitas.

Rojina Villegas, R. (2012). *Derecho civil mexicano. Bienes, derechos reales y posesión* (15.ª ed., vol. II). México D. F.: Porrúa.

Romero Romaña, E. (1947). *Los derechos reales.* Lima: P. T. C. M.

Salazar Gallegos, M. (2011a). Carácter personal del uso y habitación. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 528-529). Lima: Gaceta Jurídica.

Salazar Gallegos, M. (2011b). Derecho de habitación. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 526-527). Lima: Gaceta Jurídica.

Salazar Gallegos, M. (2011c). Extensión de los derechos de uso y habitación. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 527-528). Lima: Gaceta Jurídica.

Salazar Gallegos, M. (2011d). Régimen legal del derecho de uso. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 525-526). Lima: Gaceta Jurídica.

Serrano Alonso, E., y Serrano Gómez, E. (2005). *Manual de derechos reales.* Madrid: Edisofer.

Teles de Menezes Leitão, L. (2012). *Direitos reais* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.

Ternera Barrios, F. (2015). *Derechos reales* (4.ª ed.). Bogotá: Temis.

Torres Vásquez, A. (2006). *Derechos reales* (vol. I). Lima: Idemsa.

Trimarchi, M. (1992). Uso (diritto di). En F. Calasso (Ed.), *Enciclopedia del Diritto* (vol. XLV, pp. 922-930). Milán: Giuffrè.

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia* (vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2018). *Tratado de derechos reales. Posesión y propiedad* (vol. II). Lima: Universidad de Lima, Fondo Editorial.

Venezian, G. (1928). *Usufructo, uso y habitación* (vol. I). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Vieira, J. (2008). *Direitos reais.* Coimbra: Coimbra Editora.

## Capítulo cuarto

# Servidumbre

**SUMARIO: 1.** Generalidades. **2.** Antecedentes. **3.** Etimología. **4.** Concepto. **5.** Denominación. **6.** Definición. **7.** Características. **8.** Naturaleza jurídica. **9.** Importancia. **10.** Elementos. **10.1** Subjetivo. **10.1.1** Titular del predio dominante. **10.1.2** Titular del predio sirviente. **10.1.3** Constituyente. **10.1.4** Legitimidad. **10.2** Objeto. **10.2.1** Predio dominante. **10.2.2** Predio sirviente. **10.2.3** Se requiere vecindad de los predios, no colindancia. **10.2.4** Inmuebles por incorporación natural. **10.2.5** Qué bienes no pueden ser objeto de servidumbre. **10.2.6** Interrelación. **10.3** Temporalidad. **11.** Alcances. **12.** Atributos. **13.** Clasificación. **13.1** Por su acción. **13.2** Por su ejercicio. **13.3** Por sus características. **13.4** Por su naturaleza. **13.5** Por su origen. **13.6** Por su patrimonialidad. **14.** Clases. **14.1** Servidumbre de paso. **14.2** Servidumbre de acueducto. **14.3** Servidumbre de vista. **14.4** Servidumbre de desagüe. **14.5** Servidumbre de medianería. **14.6** Servidumbre de aireación o ventilación. **14.7** Servidumbre de balcón. **14.8** Servidumbre de palco o butaca. **14.9** Servidumbre de saca de leña. **14.10** Servidumbre de comunidad de pastos. **15.** Derechos y obligaciones del titular del predio dominante. **15.1** Derechos. **15.2** Obligaciones. **16.** Derechos y obligaciones del titular del predio sirviente. **16.1** Derechos. **16.2** Obligaciones. **17.** Constitución. **17.1** Ley. **17.2** Voluntaria. **17.2.1** Contrato. **17.2.2** Acto jurídico unilateral. **17.3** Testamento. **17.4** Prescripción adquisitiva. **17.4.1** ¿Se pueden prescribir servidumbres de vista? **17.5** Por destino del padre de familia. **18.** Formalidad. **19.** Registro e inscripción. **20.** Conservación. **21.** Transferencia. **22.** Modificación. **23.** Extinción. **23.1** Destrucción. **23.2** Prescripción extintiva. **23.3** Obtención de paso. **23.4** Otras causales de extinción no consideradas en la norma. **24.** Tutela de la servidumbre. **25.** Diferencias con otras figuras. **25.1** Usufructo. **25.2** Derecho de paso forzado. **25.3** Vecindad. **25.4** Serventía. **26.** Acciones de defensa. **26.1** Acciones de oposición a la servidumbre. **26.2** Acción negatoria de la servidumbre. **27.** Regulación legal. **27.1** Regulación civil del derecho de servidumbre. **27.2** Regulación administrativa para constitución de derecho de servidumbre. **27.3** Leyes especiales que regulan el derecho de servidumbre para la prestación de servicios públicos. **27.3.1** Sector energía y minas. **27.3.2** Sector transporte y comunicaciones. **27.3.3** Sector vivienda, construcción y saneamiento. **27.3.4** Sector agricultura.

## 1. Generalidades

La servidumbre es un derecho real limitado. Es real, en tanto tiene como objeto una cosa, una corporeidad; y es limitado, en tanto, por regla general, recae sobre un bien ajeno. Esto se explica porque es un derecho distinto del de propiedad, con el que comparte sus contenidos, pero no todos. Por ejemplo, no comparte la posibilidad de disponer o de reivindicar[1].

Para Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 179):

> Hay inmuebles que por su propia naturaleza, estructura o ubicación están desprovistos de ciertas ventajas o recursos materiales para su adecuado uso, goce o explotación. La ley, mirando la conveniencia social, permite que, mediante el concurso de inmuebles ajenos, se superen esos inconvenientes, y al efecto la institución de las *servidumbres*.

Cada predio tiene sus ventajas y desventajas, algunos más con las primeras y otros más con las segundas. Incluso se dan casos en que estas desventajas llegan al punto de que el predio no puede ser usado, dadas sus características. Es por ello que las servidumbres que permiten el uso terminan siendo una solución. Sin ellas, el predio no podría ser usado en su integridad o en su verdadera dimensión.

Sobre lo anterior, coincidimos con Arias Schreiber Pezet y Cárdenas Quirós (1998, p. 282):

> Las servidumbres surgen alentadas por el principio de fraternidad humana; de perfeccionamiento en el sistema de explotación de los bienes; de una mejor satisfacción de las necesidades, ya vitales, ya suntuarias (de comodidad, de ornato); del interés de la colectividad, que exige un sacrificio parcial de la regla del exclusivismo.

## 2. Antecedentes

La servidumbre se inicia en Roma.

En esa época existían dos tipos de servidumbres: las prediales (referidas a las cosas) y las personales (referidas a los sujetos). Se las denominó *servitutes praediorum* o *servitutes rerum* para diferenciarlas de las *servitutes personarum* justinianeas, referidas a los servicios y beneficios que se conferían a ciertas personas (usufructo, uso, habitación).

---

1 Se entiende, de manera correcta, que la reivindicación no es un contenido estricto de la propiedad, sino una forma de tutelar el derecho; sin embargo, sirve para el distingo.

Atenta doctrina española (Álvarez Caperochipi, 2015) afirma que el concepto de servidumbre parte del derecho romano y se fue ampliando poco a poco, hasta llegar a la clasificación de servidumbres personales (como la esclavitud), servidumbres reales (entre fundos) y servidumbres mixtas (de fundo a persona o de persona a fundo).

En cuanto a las servidumbres prediales, su tratamiento se basó en la agricultura, cuando las tierras colectivas se dividían y pasaban a diferentes propietarios. La Ley de las XII Tablas trata las servidumbres rústicas —*rusticorum*— de paso, de obtención de agua y acueducto. Las servidumbres urbanas —*urbanorum*— aparecen mucho después, quizá luego del incendio de Roma por los galos (en el 390 a. C.), debido a la necesidad de reconstruir rápidamente la ciudad (Ramírez Cruz, 2017, p. 203). Así, existían las rústicas (*iura praediorum rusticorum*) y las urbanas (*iura praediorum urbanorum*).

En el marco del estudio de las servidumbres personales romanas, se requiere hacer referencia al *usus*, la *habitatio* y la *operae servorum*.

– ***Usus***

El *usus*, a pesar de su *nomen*, confería la facultad del *ius fruendi*. Era la participación en los frutos, pero limitada a las propias necesidades del usuario y de su familia.

– ***Habitatio***

Es una modalidad de *usus*, pero con un aspecto especial. Es el derecho a habitar una casa, pero se diferencia del *usus* en que así como el usuario de una casa puede habitarla o cederla gratuitamente —pero no alquilarla—, el titular de la *habitatio* podía arrendarla, mas no cederla gratuitamente.

– ***Operae servorum***

Su origen se encuentra en las disposiciones testamentarias.

Era frecuente dar en legado el trabajo de un esclavo (*servus*) o de animales domésticos (*alterius animalis*[2]). De esta forma, se configuró el disfrute de la actividad de los esclavos o animales como una servidumbre independiente. *Servitus est qualitas rei imposita, qua quis ius suum deminuit, alterius auxit*[3], servidumbre es una calidad impuesta a la cosa, por la cual alguien disminuyó su derecho y acrecentó otro.

2 Digesto 7, 9, 5, 3.
3 Digesto 39, 1, 5, 9.

A criterio de González Linares (2012, p. 805), la servidumbre, con el aporte del predio sirviente, contribuye a la funcionalidad social y económica de la propiedad (agraria). Así se hace realidad el principio de la solidaridad (derecho agrario) y mutua colaboración entre los propietarios de predios contiguos (derecho civil).

## 3. Etimología

La palabra *servidumbre* proviene del latín *servitūdo, -ĭnis, servitus*, que significa una sumisión o restricción de la libertad. En el caso materia de análisis, la servidumbre es la restricción al pleno uso de un bien inmueble a favor de otro inmueble.

## 4. Concepto

Es usar un bien, limitándolo, en provecho de otro.

Es un derecho subjetivo real, un derecho real de goce de bien ajeno, que afecta un bien a favor de otro, *iure servitutis*.

Como derecho real, la servidumbre es entendida como una limitación a la propiedad, en mérito de la cual se beneficia a un predio sacrificando las ventajas de otro. Un predio se sirve de otro para su uso, permitiendo o mejorando el *usus*. Cuando un predio se sirve de otro para lograr su mejor uso o disfrute, estamos ante el derecho llamado de servidumbre (Mejorada, 2015).

Para Maisch (1984, p. 111), la servidumbre es una relación entre dos predios: el predio dominante, que aprovecha el gravamen; y el predio sirviente, que lo sufre. González Linares (2012, p. 817) la denomina como la doble realidad de este derecho real y Avendaño Arana (2003) la reconoce como una limitación a la propiedad predial.

## 5. Denominación

Simplemente servidumbre.

En algunos casos, para mayor precisión (innecesaria), se le denomina servidumbre predial; en otros, real.

## 6. Definición

Es el derecho real referido al sometimiento de un predio a favor de otro, siendo este último el dominante, el que goza de la utilidad proporcionada

por el primero, el sirviente, derivando los atributos de inherencia, permanencia, indivisibilidad e inalienabilidad separada del fundo.

El artículo 1035 del Código, si bien no la define, presenta sus características de la siguiente manera:

> La ley o el propietario de un predio puede imponerle gravámenes en beneficio de otro, que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de este el ejercicio de alguno de sus derechos.

Para Ramírez Cruz (2017, p. 209):

> El derecho real de servidumbre consiste en un derecho subjetivo real de contenido determinado positivamente (para el beneficiario; y, correlativamente, es un gravamen, para el que la sufre) que recae sobre un predio, rústico o urbano, en virtud del cual un predio resulta beneficiado (predio dominante) y otro que soporta esta carga (predio sirviente), que es tendencialmente perpetua, aunque por excepción podría ser temporal. El derecho se manifiesta en el goce de ciertos actos de disposición que, de manera limitada, recibe el título de predio dominante.

González Linares (2012, p. 813), haciendo confluir la naturaleza, objeto, gravamen y utilidad, nos dice:

> El derecho real que recae sobre bienes inmuebles de naturaleza rural o urbana de propiedad ajena, creando derechos y obligaciones —relaciones jurídicas— entre el propietario del predio dominante —servidumbre activa— y el propietario del predio sirviente —servidumbre pasiva—, los cuales restringen o limitan —gravamen— el derecho de propiedad del dueño del predio sirviente en beneficio del propietario del predio dominante.

## 7. Características

Ramírez Cruz (2017, pp. 212-224) divide las características en dos tipos:

| Intrínsecas | Instrumentales |
|---|---|
| Derecho real. | Unilateralidad. |
| Predialidad. | Onerosidad. |
| Es propuesta expresamente, no se presume. | Tendencia a la perpetuidad. |
| Inseparabilidad. | Doble realidad, sigue a la cosa y afecta a los titulares de ambos predios. |

Entre las principales características, tenemos:

– ***Es un derecho real***

Está reconocido por el Código Civil.

Su regulación se encuentra desde el artículo 1035 al 1054, con un total de 20 artículos. Se le confiere un trato especial y autónomo, en un solo título sin capítulos, consagrando temas como definición, características, formas de constitución, efectos, extinción y tipos.

No son servidumbre las obligaciones personales (dejar pasear o cazar en un predio, impedir que un bien sea ocupado con mascotas, limitar los colores de un bien, prohibir hacer fiestas o reuniones sociales). El beneficio de estas obligaciones es para la persona, no para el predio.

– ***Es un derecho real sobre cosa ajena***

Es un derecho real sobre cosa inmueble ajena.

No se concebiría una servidumbre sobre un bien propio, *nemini res sua servit*, salvo la servidumbre por destino del padre de familia. Hay dos predios, de titulares distintos, uno afectado a favor de otro.

A pesar de la afirmación anterior, debe reconocerse que nuestro legislador estableció una excepción a esta regla (artículo 1048), apartándose de ordenamientos como el argentino (tanto en el Código de Vélez como en el novísimo Código Civil y Comercial de la Nación) o el español, los cuales efectivamente señalan que este derecho se ejerce sobre bienes ajenos. En nuestra legislación, en cambio, se considera la posibilidad de que el propietario de dos predios pueda constituir una servidumbre entre ellos. Debe tenerse en cuenta que esta regulación propia se debe a que se entiende que el derecho de servidumbre se caracteriza por establecer, además, una relación de utilidad entre predios, argumento que se superpone al hecho de que *nadie puede obligarse a sí mismo*, como suele entenderse.

El derecho de propiedad implica la posibilidad de realizar todos los actos comprendidos en una servidumbre (Borda, 2008, p. 111). Si el propietario ya los tiene, no tendría razón de limitarse y concederse facultades sobre su mismo bien.

La servidumbre se constituye limitando el derecho de propiedad sobre el predio sirviente, permitiendo el ejercicio pleno del derecho de propiedad sobre el dominante.

Es una relación jurídica entre los propietarios de dos predios o entre el propietario del predio sirviente y la persona autorizada por la ley para

imponer servidumbre en el derecho de propiedad sobre predio ajeno (usufructuario, por el plazo del usufructo).

– ***Es un derecho de goce***

Es un derecho real de disfrute. Me valgo de un bien de tercero (o propio, en nuestra legislación) para satisfacer mis necesidades.

– ***Es un derecho real limitativo de la propiedad***

No es una desmembración del derecho de propiedad, sino una limitación a su ejercicio. Se limita el ejercicio del derecho de propiedad del predio sirviente, que enriquece al predio dominante (Borda, 2008, p. 110).

En la servidumbre, el propietario no se ha despojado de ningún atributo del derecho de propiedad, como sí sucede en el usufructo, sino que se le impone o él acepta una limitación a su ejercicio (Maisch, 1984, p. 111).

– ***Recae sobre bienes inmuebles***

Es una *servitutes praediorum* o *ius praedium.*

Predialidad o inmobiliaridad. Es una característica esencial de la servidumbre.

Afecta a predios, heredades, fincas, fundos, haciendas, terrenos, casas, edificios. Indican Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 180) que la servidumbre se impone sobre un predio, no sobre una persona. La utilidad es de otro predio, no de una persona.

En la doctrina se pueden encontrar servidumbres denominadas *irregulares*, como los derechos de caza otorgados a una persona con independencia de alguna utilidad de otro fundo, pero estas no son realmente servidumbres por la falta del requisito de predialidad (Arias Schreiber Pezet y Cárdenas Quirós, 1998).

Téngase en cuenta que inmueble por antonomasia es la tierra, la superficie (suelo), en cuanto elemento físico que sirve de soporte a la existencia de los seres humanos, pero también lo es la corteza inferior (subsuelo) y su proyección aérea (sobresuelo) (Varsi Rospigliosi, 2017, p. 60).

La servidumbre es un derecho real que se establece sobre el derecho de propiedad de predios, que pueden ser rústicos (sin servicios básicos), eriazos (improductivos), urbanos (vivienda) o naturales (sin modificación alguna). Se requiere de dos predios, el dominante y el sirviente, uno el beneficiado y otro el limitado.

Para Maisch (1984, p. 112), su carácter es predial más que inmobiliario, tomando en cuenta que hay inmuebles que no pueden ser objeto de este gravamen.

Coincidimos con lo señalado por Maisch (1984), en tanto es la propia disposición normativa la que señala que el derecho de servidumbre recae sobre predios (artículo 1035). En consecuencia, solo los imuebles que sean a la vez un predio podrán ser objeto del derecho, pero no así otro tipo de inmuebles referidos en el artículo 885 del Código, como lo son el mar, los lagos, los ríos, los manantiales, las corrientes de agua, las aguas vivas o estanciales, las minas, las canteras, las concesiones, etcétera.

El Código no ha mencionado entre los inmuebles a las construcciones que se levantan en el suelo o que se hunden en el subsuelo. Es posible que baste con el principio de accesión, pues todo lo que se construye en el suelo se convierte en su accesorio y, como tal, participa de la naturaleza inmobiliaria del suelo. El artículo 938 considera que el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él. El artículo 883 limita los derechos reales normados en el Libro V del Código, solo a los bienes urbanos, dentro de los cuales la construcción desempeña un papel primordial.

Es lógico admitir servidumbres urbanas que amplíen o limiten el derecho de propiedad sobre las construcciones o edificios que se levanten sobre la superficie del suelo o que se realicen en el subsuelo.

Hemos dicho que el concepto de predio no es el mismo que el de suelo. El suelo es la superficie terrestre en general; el predio es aquella parte de la superficie incorporada al servicio del hombre. Por tanto, el suelo puede ser una superficie terrestre no sometida al dominio del hombre o puede ser un predio. La servidumbre únicamente compromete a los predios, porque sobre ellos existe un derecho de propiedad que es el que se limita o amplía en la servidumbre. Entonces, solo los predios, es decir, la parte del suelo sometida al servicio del hombre, son susceptibles de servidumbre.

– ***Es un derecho accesorio***

Se le conoce como inseparabilidad, inescindibilidad o ambulatorio.

La servidumbre se rige por la doctrina de la vinculación interpredial. Es un derecho accesorio al derecho de propiedad. Lo amplía (le da más) o disminuye (le quita), según el bien de que se trate, al sirviente o dominante (en ese orden), ampliando al primero y disminuyendo al segundo.

No es inherente al predio. Para unos, es accesorio, y para otros, es integrante del predio. Acompaña siempre al derecho principal de acuerdo

con el principio *accesorium sequitur principale*; sigue al predio, cualquiera que sea su propietario; así vaya cambiándose de propietario en propietario, la servidumbre permanece. Son susceptibles de ser transmitidas, gravadas junto con el derecho principal, nunca de forma independiente, por actos *inter vivos* o *mortis causae*, a los sucesores universales o a título singular. La transferencia del predio implica *per se* el de la servidumbre. El predio se transfiere con dicha carga, siendo oponible *erga omnes*. La servidumbre no puede enajenarse aisladamente del predio que beneficia (Valencia Zea y Ortiz Monsalve, 2012, p. 153). La partida 3.ª (ley 12, artículo 31) decía que "la servidumbre es de tal natura que no se puede apartar de la heredad o del edificio en que es puesta".

No tiene existencia propia ni autónoma (Maisch, 1984, p. 113); es inseparable de los predios, se transfiere con ellos y subsiste cualquiera que sea el propietario (artículo 1037). Dice Teles de Menezes Leitão (2012, p. 373) que la inseparabilidad acaba por constituir un corolario de la regla de que las utilidades del predio sirviente deben ser gozadas a través del predio dominante. Los derechos pueden ser partes integrantes; es el caso de la servidumbre que no puede ser separada del predio al que está vinculada sin que sufra una alteración valorativa (Arias Schreiber Pezet, 1991, p. 68).

Nuestro Código Civil conserva la idea de inseparabilidad. El artículo 1036 expresa: "Las servidumbres son inseparables de ambos predios. Solo pueden transmitirse con ellos y subsisten cualquiera que sea su propietario".

Este artículo es comprensible solo cuando se estima que las servidumbres vinculan a los predios; por eso, los hace inseparables de ellos. Pero hay que entender la accesoriedad no como que la servidumbre es el sometimiento físico de un predio a otro, sino como la limitación que se establece en el derecho de propiedad de un predio y la ampliación del derecho de propiedad a otro, y que, por tanto, constituyen derecho u obligación accesoria al derecho de propiedad pertinente.

Cualquiera que sea el propietario, gozará o sufrirá la servidumbre. Es decir que se trata de un derecho accesorio del de propiedad y, por ende, sigue la suerte de él. A decir de Gama (2011, p. 520), el *onus* se adhiere a la cosa, acompañándola en todas las transferencias de propiedad, operando *erga omnes*.

La servidumbre es inseparable de ambos fundos (Ramírez Cruz, 2017, p. 213); es lo que se conoce como la *qualitas fundi*, la cualidad activa del fundo dominante y pasiva para el sirviente. A decir de Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, pp. 183-184), el primero aumenta su valor, mientras que el segundo lo disminuye. Más para uno, menos para otro, positivo y

negativo. Aumenta utilidad y restringe uso. Son inherentes al fundo sirviente y dominante (Borda, 2008, p. 113). La servidumbre está incorporada en ambos predios, el sirviente y el dominante; concebirlos separados resultaría jurídica y físicamente imposible (González Linares, 2012, p. 818).

Este es un carácter que resulta de la naturaleza interpredial que se otorga a la servidumbre, comprendida como una parte integrante del predio. Es lógico que se ha de considerar inseparable de él, sea dominante o sirviente.

La inseparabilidad es el carácter inherente a la propiedad y a la servidumbre. Los efectos legales de la inseparabilidad, según el Código, son dos:

- La servidumbre solo puede transmitirse con el derecho de propiedad sobre los predios.
- La servidumbre subsiste cualquiera que sea el titular de la propiedad. El derecho accesorio (servidumbre) acompaña al derecho principal (propiedad); subsiste siempre, cualquiera que sea el titular del derecho principal.

Así, cualquier gravamen [*rectius* carga] sobre el predio dominante afectará a la servidumbre. Esta no podrá ser objeto de un derecho separado. No podrá ser enajenada, embargada, hipotecada o gravada aisladamente del derecho de propiedad al que va unida; es inalienable, la servidumbre no puede ser objeto de transferencia separada del predio dominante (Gama, 2011, p. 520).

– ***Utilidad***

Es la *praedio utilis* o *causa servitutis.*

La utilidad (beneficio) es en favor del predio dominante, la carga (limitación) se aplica al predio sirviente; *i. e.*, utilidad y carga son dos caras de la misma moneda llamada servidumbre.

El provecho y beneficio que la servidumbre confiere al predio dominante es lo característico de este derecho real. Sirve al predio, no a su titular: *praedium, non persona, servit.* La utilidad es su razón de ser. Sirve para servir. No puede existir servidumbre inútil, inservible, improductiva, una servidumbre sin utilidad o comodidad es *contradictio in terminis.* Bien dice Ramírez Cruz (2017, p. 222) que si la servidumbre deja de ser necesaria, útil o beneficiosa, debe desaparecer; no se justifica que exista. Si no sirve, no sirve. Una pretendida servidumbre que no prestara utilidad sería nula como tal, aunque pueda valer como una obligación personal (Borda, 2008, p. 116). Si existe, es porque su constitución implica un beneficio predial; es lo que González Linares (2012, p. 839) llama funcionalidad de las servidumbres.

La servidumbre se constituye para permitir el uso de un bien, concediéndole una ventaja económica al predio dominante, con una paralela (aunque no necesariamente equivalente) disminución de la utilidad económica del predio sirviente (Borda, 2008, p. 110). Su función económica es permitir algún recurso o ventaja a los fundos que carecen de ellos; su falta impide a sus dueños un uso o explotación adecuados (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2016, p. 179). Además, apunta Peñailillo (2006, p. 487, nota 727): "La servidumbre es un medio que pretende satisfacer necesidades permanentes del predio; no ha sido concebida para necesidades ocasionales o pasajeras de fundos (más bien, hacen referencia a la persona, no al fundo)".

Esta puede ser:

- *Patrimonial*. Es la necesidad material (económica) para incrementar valor (servidumbre de paso).
- *Extrapatrimonial*. Son las de recreo, es la necesidad espiritual (plus) para comodidad, amenidad o atractivo (servidumbre de vista).

Ambas están en relación con el predio dominante.

La diversidad de destinos de las servidumbres, tanto las legales, pero sobre todo las convencionales, demuestra las distintas formas de utilidad que puede prestar.

No existe en el Código una norma referida a la utilidad, pero sí se hace referencia a que si la utilidad no se cumple, el derecho se extingue (artículo 1044). Podemos entender la utilidad como comprendida en el "beneficio" que implica la servidumbre para el predio dominante (artículo 1035), la necesidad que el predio dominante otorga (artículo 1039) y que su "ejercicio no puede ser impedido", "ni su uso menoscabado" (artículo 1047), esto con la finalidad de propiciar la efectiva utilización del contenido económico del derecho real (Penteado, 2008, p. 494). Además, por más que exista *in favor* del predio dominante, el propietario de este no puede aumentar el gravamen del predio sirviente, por hecho o acto propio (artículo 1046); este derecho real debe ser ejercido *civilitir uti*.

Las normas indicadas están orientadas a tutelar y proteger la utilidad de la servidumbre. Si sirven para permitir un uso, y siendo su utilidad una característica esencial, la misma debe ser regulada, normada, para tratar su función. Su destino económico se conserva para que cumpla su finalidad. Siendo la utilidad la *ratio essendi* de la servidumbre, su no uso puede implicar su extinción (artículo 1050); el derecho se pierde, justamente, por no ser útil. Es lógico que la servidumbre, al afectar un bien en beneficio de otro, deba generar que se use; sin uso de esta, y permaneciendo la afectación,

implicaría un abuso de derecho. Por algo se afecta al predio sirviente, de allí que el predio dominante tenga que sacarle provecho.

A decir de Gomes (2012, p. 296) y Gama (2011, p. 520), la servidumbre torna al predio dominante más útil, más cómodo o, al menos, más agradable.

– ***Perpetuidad***

Es la *perpetua causa servitutis.*

La servidumbre debe tener por objeto una posibilidad duradera de utilización (la no utilización momentánea o por causa no imputable no la extingue). Peñailillo (2006, p. 487) señala que la antiguamente llamada *perpetuidad* es hoy, de preferencia, denominada *permanencia*, entendiéndose como referida a la utilidad. Denota una mayor precisión el decir que tienden a ser perpetuas, por su utilidad o por la posibilidad de su extinción (incluso por la propia voluntad de una de las partes), más que decir que son perpetuas.

Es una característica típica de la servidumbre (González Linares, 2012, p. 816); los demás derechos reales sobre bienes ajenos son temporales. Ahora bien, el carácter de perpetuidad no es absoluto, es relativo. Indudablemente, la fuente principal de la servidumbre es la voluntad de las partes; entonces, caben también las servidumbres temporales, siendo el título constitutivo el que establezca su naturaleza temporal o perpetua. Si no se estipuló plazo, se presumirá que la servidumbre es perpetua (presunción *iuris tantum*, admite prueba en contrario).

Es la continuidad, permanencia o estado ininterrumpido de la servidumbre. No tiene límite temporal, salvo disposición legal o pacto en contrario (que limite su duración a plazo fijo o lo sujete a condición). Duran tanto como la necesidad que la originó o aquello que las partes pactaron, en plazo o suceso.

Según Maisch (1984, p. 112), la servidumbre es perpetua por su misma naturaleza; dado que los fundos tienen una existencia prolongada, sus necesidades son permanentes; su implantación no se debe al interés del sujeto (ente limitado en el tiempo), sino al predio (de existencia perpetua). Ramírez Cruz (2017, p. 215) considera que si para el derecho moderno la propiedad es tendencialmente perpetua, resulta comprensible que la servidumbre, inseparable y accesoria de un predio, siga la misma condición y sea, también, tendencialmente perpetua. Permanecen en el tiempo en la medida de la existencia de los predios y de la necesidad o justificación de la servidumbre.

El artículo 1037 dice: "Las servidumbres son perpetuas, salvo disposición legal o pacto en contrario".

– ***Indivisibilidad***

*Servitus dividi non possunt.*

Existen instituciones jurídicas que reposan en la base de la indivisibilidad (Varsi Rospigliosi, 2017, p. 168), tales como la servidumbre (artículo 1038), la hipoteca (artículo 1102), el derecho de retención (artículo 1125) y la transacción (artículo 1310).

Aun en el caso de que el predio, dominante o sirviente, se divida, la servidumbre se mantiene. Si bien división genera multiplicación, la servidumbre permanece inalterable.

La indivisibilidad de las servidumbres implica que no sean susceptibles de ser repartidas, pues inciden sobre la totalidad del predio sirviente y no sobre una parte de este, y son siempre ejercidas en todo por el predio dominante y no apenas por una parte (Teles de Menezes Leitão, 2012, p. 374). Todo por el todo, nada de por partes, son integrales. En su unidad física, la servidumbre es considerada como un todo que no puede adquirirse, ejercerse o extinguirse de forma parcial (Peñailillo, 2006, p. 487; González Linares, 2012, p. 819; Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2016, p. 184). Así, la servidumbre es total para ambos predios; no puede ejercitarse de forma parcial, sino íntegramente (Ramírez Cruz, 2017, p. 218).

La servidumbre persiste, a pesar de la división de cualquiera de los predios; no puede ser adquirida ni demandada por partes, debe ser constituida como totalidad. Afirma Rojina Villegas (2014, p. 141) "que si el predio se dividiere por distintas enajenaciones parciales, la servidumbre no se divide; continúa sobre todo el predio sirviente, como si fuera una entidad antes de la enajenación; no puede restringirse ni tampoco ampliarse".

La utilidad de la servidumbre se debe entera al propietario del predio dominante y al del predio sirviente. Su beneficio no puede prestarse de forma fraccionada, salvo en casos muy especiales de divisibilidad de las prestaciones (servidumbre de agua). El artículo 1038 señala: "Las servidumbres son indivisibles. Por consiguiente, la servidumbre se debe entera a cada uno de los dueños del predio dominante y por cada uno de los del sirviente". La excepción a la regla de la indivisibilidad se halla en el artículo 1039: "Si el predio dominante se divide, la servidumbre subsiste en favor de los adjudicatarios que la necesiten, pero sin exceder el gravamen del predio sirviente".

Por otro lado, en tanto es indivisible, el Código también señala que si el predio dominante (el que "aprovecha" la utilidad brindada) se dividiera,

entonces, la servidumbre subsistirá en favor de los adjudicatarios que la necesiten; es decir, el derecho podrá dividirse en función de cómo se haya dividido el predio; subsistirá en tanto alguno requiera de sus subsistencias. No se necesitará la constitución de otro derecho.

Sostenía Arias Schreiber Pezet que frente a la regla de indivisibilidad del derecho se encuentra la regla general de la divisibilidad tanto del predio dominante como del sirviente, lo que genera esta importante excepción (Arias Schreiber Pezet y Cárdenas Quirós, 1998).

– ***Prescriptibilidad y caducidad***

Enneccerus, citado por Vidal Ramírez (2011, pp. 67-68), define así a la prescripción:

> […] es el nacimiento y la terminación o desvirtuación de derechos en virtud de su ejercicio continuado o de su no ejercicio continuado y, en consecuencia, distingue la prescripción adquisitiva —que nosotros preferimos llamar *usucupativa* o *usucapión*– de la prescripción extintiva.

Las servidumbres pueden adquirirse por prescripción (artículo 1040) y pueden perderse por caducidad del derecho —prescripción extintiva— por el no uso (artículo 1050).

Solo podrán adquirirse por prescripción las servidumbres aparentes, aquellas que tienen manifestación externa, mediante la posesión continua durante 5 años con justo título y buena fe, o durante 10 años sin estos requisitos.

El no uso implica que la servidumbre no presta utilidad; su existencia no suma, de forma que carece de objeto conservarla.

– ***Excepción a la regla de la tipicidad***

Es lo que Teles de Menezes Leitão (2012, p. 371) llama la atipicidad de su contenido. El contenido de la servidumbre puede ser determinado por las partes e incluso establecido el plazo de la misma, si es perpetua o permanente (artículos 1035 y 1037).

> La ley o el propietario de un predio *puede* imponerle gravámenes en beneficio de otro, que den derecho al dueño del predio dominante para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para impedir al dueño de este el ejercicio de alguno de sus derechos (artículo 1035).

Las servidumbres son perpetuas, salvo disposición legal o pacto en contrario (artículo 1037).

La nota característica es la amplitud de la frase "imponerle gravámenes" sin decir cuáles son; solo indica de manera genérica que la servidumbre puede ser:

- *Servidumbre activa.* Le permite al dueño del predio dominante practicar ciertos actos de uso en el predio sirviente.
- *Servidumbre pasiva.* Impide al dueño del predio sirviente el ejercicio de algunos derechos.

En ninguno de estos casos se delimitan los actos por realizarse o los impedidos de llevarse a cabo. Podemos decir que la servidumbre constituye un tipo abierto de derecho real, así como en antiguo fuera un "cajón de sastre".

Nuestro Código, así como otros tantos, regula la generalidad. Resulta imposible normar la especialidad de las servidumbres, pues estas son tan amplias como la necesidad del predio que las requiere.

## 8. Naturaleza jurídica

Entre las diversas teorías que analizan su naturaleza jurídica, tenemos:

– ***Es un derecho real***

La servidumbre es un derecho real típico, *servitutes praediorum*. En especial, un derecho real de goce. Derecho real limitado sobre cosa ajena.

– ***Derecho real subjetivo***

Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 183) ponen sobre la mesa el hecho de que la servidumbre, por el lado activo, es un derecho real subjetivo en el sentido de que la determinación de su titular depende del hecho de ser titular de una cosa (predio dominante), y no de su cualidad personal de sujeto. Esto quiere decir que la servidumbre se devanea entre derecho real puro y derecho real subjetivo, siendo el primero el que tiene mayor trascendencia.

– ***Es una carga***

Implica una afectación patrimonial sobre un bien, un *onus*.

Es una carga que se impone al predio sirviente en utilidad del predio dominante (Borda, 2008, p. 109). Sin embargo, Teles de Menezes Leitão (2012, p. 369) nos dice que definir la servidumbre como una carga atenta esencialmente en su lado pasivo, en relación con el predio sirviente; en

tanto que la servidumbre debe ser definida en su lado activo como un derecho incidente en cosa ajena, *ius in re aliena*.

Es un peso, es la afectación de un predio a favor de otro y que no da lugar a la venta del bien (Avendaño Valdez, 2012, p. 117).

– ***Es un gravamen***

Rojina Villegas (2014, p. 139) asevera que son "gravámenes reales que se imponen a favor del dueño de un predio y a cargo de otro fundo propiedad de distinto dueño, para mayor beneficio o utilidad del primero".

Nuestro Código, en el artículo 1035 y el resto de tratamiento normativo, considera a la servidumbre como un gravamen, no siendo en esencia ni su naturaleza, es una carga. En la academia nacional se ha puesto en duda la naturaleza de carga o gravamen del derecho. Nosotros nos adherimos a la primera categoría, en tanto esta se diferencia del gravamen en que no es accesoria a una relación jurídica crediticia subyacente (Avendaño Arana, 2003, p. 724). Entre otras posturas, Castañeda (1958) la considera un gravamen.

– ***Es una desmembración de la propiedad***

Esto sucede en la medida en que el propietario del predio sirviente se ve privado del uso pleno de su propiedad, el cual es cedido a favor del predio dominante. Seguida por Rojina Villegas (2014, p. 138) en México.

– ***Es una restricción de la propiedad***

Esta tesis es sostenida en contra de la desmembración de la propiedad, en el sentido de que la servidumbre implica una forma de limitar el uso de un bien a favor de otro. Entre nosotros, la defienden Maisch (1984), Arias Schreiber Pezet y Cárdenas Quirós (1998).

– ***Es una propiedad especial***

Hay quienes aseguran que el titular de la servidumbre tiene el derecho propio y exclusivo de propiedad, facultades que subsistirían de forma independiente. Es una extensión de la propiedad intelectual que constituye un derecho independiente, un *quasi dominium iuris* (Teles Menezes Leitão, 2012, pp. 396-397).

Dentro de todas estas teorías, podríamos decir que la servidumbre es un derecho real de goce sobre cosa ajena.

## 9. Importancia

Este derecho real tiene su esencia en el interés particular.

Es la necesidad de un predio lo que determina la afectación de otro. Esta afectación es mínima en relación con la utilidad que le proporciona al predio beneficiado. No podemos hablar de una servidumbre que afecta tremendamente al sirviente en provecho exclusivo del dominante; esto sería un abuso del derecho.

Con la afectación de un predio, se favorece la utilización de otro. De no ser por las servidumbres, muchos derechos reales serían inejercitables, en el fondo inejecutables, además de que tantos titulares de predios no podrían ejercer sus facultades. Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 179), con certeza, precisan que la importancia de la institución resulta evidente; muchos predios no podrían ser explotados o lo serían con dificultad si no tuvieran una servidumbre. Esta permite el uso del bien.

La servidumbre tiene su fundamento en la utilidad y beneficio de un fundo (dominante) en perjuicio de otro fundo (sirviente). Es la necesidad y requerimiento del primero lo que justifica que se afecten los intereses de un segundo predio. Esta figura real permite que se ejerzan los derechos y facultades sobre un bien que, dadas sus características, depende de que otro le ceda parte de sus accesos a fin de que su titular pueda ejercer a plenitud sus facultades de *domine*. Dice Maisch (1984, p. 111) que ni la ley ni los propietarios imponen servidumbres que no correspondan a una necesidad objetiva del predio dominante; de esta forma, cuando la servidumbre deja de ser útil, cesa, pues no existe justificación para continuar con dicha carga.

Implica un favorecimiento y, a la vez, una carga. Lo que se conoce como el aspecto positivo y negativo de la servidumbre.

En cuanto a esto, tenemos lo que parte de la academia ha definido como un equilibrio de circunstancias, en tanto el ordenamiento prohíbe un aumento del gravamen por parte del propietario del predio dominante (artículo 1046) y, a la vez, prohíbe el impedimento, por parte del titular del predio sirviente, del ejercicio del derecho (artículo 1047).

Cabe mencionar la precisión que ha realizado parte de la joven academia nacional en cuanto a que el Código Civil, por un lado, regula la prohibición de impedir el ejercicio del derecho y, casi inmediatamente después, el artículo 1049 permite la extinción del derecho de manera unilateral por uno de los propietarios, el cual puede ser el propietario del predio sirviente. El citado artículo establece que la extinción del derecho puede ocasionarse por la destrucción voluntaria de alguno de los edificios, situación que

responde a que, sea por voluntad o no, si la *causa servitutis* desaparece, entonces, ya no habrá justificación para la subsistencia de la servidumbre (Cortina Gonzales, 2018).

## 10. Elementos

Los elementos que componen la servidumbre son el subjetivo, el objetivo y el temporal.

### *10.1 Subjetivo*

Son los sujetos. Es el aspecto personal. Lo constituyen las partes, aquellos que intervienen en la servidumbre.

Lo normal es que se trate de diversos titulares y distintos predios, dos predios de distinto titular, coexistencia subjetiva y objetiva, *neminei res sua servit*. Lo excepcional es que los predios pertenezcan a un mismo titular, en la destinación del padre de familia.

En este último caso, si bien la servidumbre puede ser necesaria para el uso del predio dominante, no haría falta su formalización, dado que se trata del mismo titular de la propiedad que la afectará con la servidumbre. Lo que sucede es que si dispone de uno de los bienes, sí será necesario que grave el bien, para así transferirlo con la carga y/o beneficio, y el predio dominante pueda ser usado (por destino de padre de familia, artículo 1048).

Sobre el particular, González Linares (2012, p. 814) refiere que los predios deben pertenecer a propietarios distintos, puesto que no puede ser a la vez sujeto activo y sujeto pasivo de una misma relación jurídica, o tener la misma calidad de predio dominante y sirviente; sencillamente sería un imposible jurídico y no habría servidumbre.

#### 10.1.1 Titular del predio dominante

Es el sujeto activo, quien se ve beneficiado. Es aquel a favor de quien se afecta el bien que constituye la servidumbre. Se favorece del uso del predio sirviente. Es la utilidad de la servidumbre.

No se requiere que sea capaz de ejercicio. Puede ser persona natural o persona jurídica.

### 10.1.2 Titular del predio sirviente

Es el sujeto pasivo, quien se ve limitado. Es aquel cuyo predio se afecta por la servidumbre a favor de otro. Soporta la carga de no hacer —abstenerse (*non facere*)— o soportar —sufrir (*ius tollendi*)—. La servidumbre como carga o limitación del dominio.

Se requiere que sea capaz de ejercicio al implicar un acto de disposición. Puede ser persona natural o persona jurídica.

El *dominus propietas* deberá ser capaz de ejercicio y titular de la facultad de disponer libremente del bien. La servidumbre implica el ejercicio del *ius disponendi* del *dominus*.

*La titularidad de los predios puede recaer en un mismo sujeto*. No se requiere que los predios sean de propietarios diferentes: "El propietario de dos predios puede gravar uno con servidumbre en beneficio del otro" (artículo 1048).

El propietario tiene el máximo goce del bien, ningún otro sujeto respecto de un bien tiene tantas facultades como el propietario. La regla imperante en el derecho romano era que quien tiene el dominio de una cosa no puede tener otro derecho real sobre la misma, *nemini res sua servit* (a nadie le presta servidumbre su propia cosa), como lo enunció Paulo en el derecho romano[4] (Gatti, 1996, p. 73). Actualmente, como refiere Gonzales Barbadillo (2007, p. 561), la servidumbre está en función de los predios, no de las personas, siendo irrelevante que el propietario de dos predios sea una misma persona; lo que se necesita es el uso del bien independientemente de quién es el titular; la servidumbre afecta un bien para beneficiar a otro.

### 10.1.3 Constituyente

*Fructuarins sequiere servitutes non potest, retinere potest*[5]; es decir, el usufructuario no podrá adquirir una servidumbre, solo podrá conservarla. Esta era la regla en el derecho romano, que a la fecha ha cambiado.

Es el caso del usufructuario que puede constituir servidumbres por el plazo del usufructo, con conocimiento del propietario (artículo 1041). La servidumbre debe estar de acuerdo con el carácter de temporalidad del usufructo (González Linares, 2012, p. 831), esto es, va de la mano con la vigencia del usufructo.

---

4 Digesto 8, 6, 26.
5 Digesto 7.1.15.7.

### 10.1.4 Legitimidad

Pueden constituir servidumbres:

- Propietario
- Anticresista
- Superficiario
- Copropietarios (artículo 1042)
- Usufructuario (artículo 1041); el usuario y el habitante (artículo 1026)

El arrendatario, como titular de un derecho personal, carece de esta potestad; debe recurrir al arrendador para que este optimice el predio (Ramírez Cruz, 2017, p. 303).

En el tema de la legitimidad para establecer o adquirir el derecho de servidumbre, el artículo 1035 del Código señala:

> La ley o *el propietario de un predio* puede imponer gravámenes en beneficio de otro *que den derecho al dueño de un predio dominante* para practicar ciertos actos de uso del predio sirviente o para *impedir al dueño de este el ejercicio de alguno de sus derechos* [las cursivas son nuestras].

La servidumbre puede ser adquirida por todo aquel que posea título de propietario o quien la ley faculte para ello. En ese sentido, quien goce del derecho subjetivo de dueño (Borda, 2008, p. 136) o como poseedor (Avendaño Arana, 2003, p. 542) podrá modificar su esfera jurídica constituyendo una servidumbre a favor de otro o adquiriendo una servidumbre.

Cuando nos referimos al derecho subjetivo, podemos señalar que es aquella facultad de obrar que se tiene para satisfacer un interés propio, por lo que la realización de actos jurídicos en satisfacción de dichos intereses será válida y eficaz, por corresponder con el derecho subjetivo. Ahora bien, cuando hablamos de un derecho subjetivo "real", como el caso del derecho real de servidumbre, según Gonzales Barrón (2013, pp. 75-76), tenemos que se configura de la siguiente manera:

> (i) Es un derecho subjetivo que implica un poder o haz de facultades, adherido de manera estable (o en relación de inherencia o incorporación) sobre los bienes; esta "incorporación" conlleva una ligazón entre las vicisitudes del derecho y las del bien, así como la especial eficacia de la oponibilidad concerniente a la tutela y al derecho de persecución; (ii) es un derecho subjetivo cuyo interés protegido es el aprovechamiento y la explotación de los bienes; y (iii) la categoría jurídica del derecho real se justifica como un particular tipo de tutela ligada a la inherencia del derecho sobre el bien.

En ese sentido, el poder específico que goza el propietario o el poseedor para constituir una servidumbre deriva de la legitimidad para disponer de su propio derecho. Como señala Morales Hervias (2012, p. 107):

> El poder dispositivo específico, es decir, el poder de disponer de un cierto derecho, toma nombre de legitimidad. El sujeto es normalmente competente para disponer de las situaciones jurídicas de las cuales es titular. La legitimidad se encuentra, entonces, en el contenido del derecho del cual se dispone.

Coincidimos una vez más con Arias Schreiber y Cárdenas Quirós (1998) en que, si bien es cierto el Código de 1984 no ha previsto la posibilidad de que sea el titular el nudo propietario en el usufructo quien pueda constituir una servidumbre, esto no es óbice para que no pueda hacerlo, siempre que no afecte el interés del usufructuario, pues aquel no puede perjudicar el ejercicio de su derecho.

Los citados autores plantean dos situaciones posibles: (a) la de la servidumbre constituida por un usufructuario durante la vigencia del usufructo; y (b) la de la servidumbre establecida por el nudo propietario, también bajo los efectos de la desmembración usufructuaria.

La primera de las opciones se encuentra recogida en el artículo 1041 de nuestro Código Civil. Como se ha dicho, la segunda, a pesar de que no se encuentra, tampoco está restringida como posibilidad, por lo que bajo el principio del derecho privado, en tanto *aquello que no está prohibido, está permitido,* es factible tener como cierta la posibilidad, siempre que no se perjudique el derecho ya constituido.

## *10.2 Objeto*

Es el aspecto material.

Debe ser predial, es un derecho real inmobiliario. Solo bienes corporales de carácter predial, que estén en el comercio de los hombres, apropiables económicamente.

Se requiere pluralidad. Debe haber dos predios (mínimo): predio dominante y predio sirviente.

### 10.2.1 Predio dominante

*Praedium dominans,* es el inmueble beneficiado.

Este sin la servidumbre no pudiera ser utilizado u obtenido todo el provecho que su destino requiere. Es el que obtiene las ventajas.

### 10.2.2 Predio sirviente

*Praedium serviens*, es el inmueble afectado, el que soporta la carga.

Este permite su afectación, básicamente, en mérito del "interés" de otro predio. Es el que obtiene las desventajas. Nótese que no es, en efecto, el interés del otro predio, pues esto no es posible, sino que se hace referencia a la utilidad que la relación interobjetiva entre los predios representa para el titular del predio dominante.

Es el predio sobre el que se constituye la servidumbre; la carga (*onus*) no es impuesta a la persona, le corresponde al predio; el vínculo no es personal (Gomes, 2012, p. 295), es netamente real: *servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem derelinquere, scribit*[6].

Cuando se consolidan los predios, se unen, formando una sola unidad predial (acumulación); entonces, se extingue la servidumbre por la sencilla razón de que ya no hay ni sirviente ni dominante: se trata de un solo predio que no necesita afectar a otro para su uso. Como indica el artículo 1051: "La servidumbre legal de paso cesa cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le dé salida o cuando se abre un camino que dé acceso inmediato a dicho predio".

Pueden darse servidumbres múltiples, en más de dos predios.

### 10.2.3 Se requiere vecindad de los predios, no colindancia

Si bien la característica es la *vicinitas*, no es necesario que se trate de inmuebles colindantes (contiguos). Pueden estar separados uno de otro, depende de la servidumbre que los afecte; verbigracia, la de *ius pascendi* (pastar), *servitus aquaeductus* (servidumbre de acueducto) o *altius non tollendi* (no construir a mayor altura) no requieren que los predios estén juntos, uno de otro; pueden ejercitarse —es más, se ejercitan— entre fundos separados uno de otros (distantes), según la servidumbre. Sobre este punto Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 182) refieren que "la contigüidad o vecindad no es supuesto general de las servidumbres; pero sí la posibilidad de comunicación y utilidad del fundo sirviente al dominante".

6 D., 8, 5, *si servitus vindic.*, 6, 2 (Ulpiano).

### 10.2.4 Inmuebles por incorporación natural

La lógica, asumida por la doctrina, nos dice que no procede servidumbre en los inmuebles por incorporación natural (permanecen fijos en el suelo); es lo que ocurre con las plantas. Pero tenemos el caso de los árboles inmensos[7] y con una vida muy larga[8], en los que para algunos podría, perfectamente, imponerse una servidumbre de paso (*tunnel tree*), situación que reconocen y aceptan Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 181).

No consideramos esa posibilidad, pues, como ya hemos mencionado, el derecho de servidumbre solo puede recaer sobre predios; es un derecho predial, servidumbre predial, por lo que en nuestro ordenamiento tal posibilidad no cabe. Otro sería el caso en el que, para constituir una servidumbre, de paso, por ejemplo, tendría que pasarse por sobre un árbol inmenso, pero no quiere decir que el derecho se va a constituir sobre ese bien, sino con atención al bien en el que aquel se encuentra.

### 10.2.5 Qué bienes no pueden ser objeto de servidumbre

La naturaleza que le concedemos a la servidumbre de ser una limitación del derecho de propiedad, en favor de otro derecho de propiedad, determina que no se pueda imponer servidumbre sobre parte del predio, pues es el derecho de propiedad sobre todo el predio el que resulta afectado o beneficiado. Bien aclara Peñailillo (2006, p. 485, nota 723) que "el ejercicio de la servidumbre recae sobre una sección determinada del predio (la senda, la faja exacta ocupada por el ducto, etcétera); pero la servidumbre grava todo el predio".

Los bienes que no pueden ser objeto de derecho de servidumbre son los siguientes:

- Los bienes que están fuera del comercio, aquellos inapropiables.
- Los bienes de incapaces, en la medida en que no cuenten con la autorización judicial que permita constituir la servidumbre.
- No procede sobre las cosas muebles ni sobre los inmuebles por representación.
- No puede establecerse servidumbre sobre otra servidumbre, *servitus servitutis esse non potest*. Dice Ramírez Cruz (2017, p. 224), citando a De Ruggiero, que, siendo la servidumbre una limitación, no puede

7 El Árbol del Tule, en México, tiene un diámetro de 14,05 metros; se estima que se necesitan más de treinta personas con las manos agarradas para poder rodearlo.

8 Matusalén es un pino longevo de California, cuya edad se calcula en 4841 años; Sarv-e Abarqu, en Irán, alcanza los 4000 años.

concebirse limitación de una limitación. No hay servidumbre sobre servidumbre; se descarta la servidumbre exponencial. Siendo un derecho accesorio al derecho de propiedad, no puede ser gravado de forma independiente del bien principal al cual accede.

– No todos los inmuebles enumerados en el artículo 885 del Código son objeto de servidumbre. No procede servidumbre sobre el mar, las aguas corrientes y estancadas, las minas o las canteras; estos son bienes que pertenecen al Estado. Tampoco podrá establecerse servidumbre sobre el derecho de propiedad de las naves o aeronaves, porque son bienes muebles por naturaleza.

– Sobre derechos. Las concesiones para explotar servicios públicos y las concesiones mineras[9] otorgadas a particulares, así como los derechos sobre inmuebles inscribibles en el Registro, son bienes inmateriales, derechos sobre los cuales tampoco podría establecerse servidumbres. Esto quiere decir que solo podría establecerse servidumbre sobre el derecho de propiedad del suelo, el subsuelo y el espacio aéreo.

Sobre lo especialmente indicado, cabe precisar que *servitus servitutes esse non potest*; la servidumbre sobre la servidumbre es un absurdo jurídico (Peñailillo, 2006, p. 487).

### 10.2.6 Interrelación

Hay una relación entre los sujetos y los predios.

Precisa Borda (2008, p. 109) que la relación jurídica no es entre los fundos; los sujetos de las relaciones jurídicas son personas, no cosas; así, el derecho lo tiene el poseedor del predio dominante y la carga corresponde al poseedor del predio sirviente.

A pesar de lo dicho, y aunque aparentemente resulte discutible, no obviamos la posibilidad de hablar de relaciones que escapan al paradigma intersubjetivo de la academia, sino que bien puede reconocerse que el derecho reconoce otro tipo de relaciones, como las interobjetivas o las mixtas. En este caso, la servidumbre bien podría identificar a la relación entre los predios como una relación interobjetiva. Esto de ninguna manera significa que este tipo de relaciones son de naturaleza idéntica a las intersubjetivas,

9 Esto no quiere decir, de ninguna manera, que no puedan constituirse las denominadas servidumbres mineras, entendiendo a estas como las destinadas a actividades mineras, a facilitarlas, como lo son la servidumbre contractual o la servidumbre administrativa sobre terrenos con potencial minero.

pero sí que estas existen, como existe en los derechos patrimoniales la relación de accesoriedad.

### *10.3 Temporalidad*

Son permanentes. Es lo que se conoce como *perpetua causa servitutis*.

No tiene límite temporal, salvo disposición legal o pacto en contrario. Duran tanto como la necesidad que las originó y la utilidad que las justificó.

## 11. Alcances

Su base legal es el artículo 1043:

> La extensión y demás condiciones de las servidumbres se rigen por el título de su constitución y, en su defecto, por las disposiciones de este Código.
>
> Toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sobre su extensión o modo de ejercerla, se interpreta en el sentido menos gravoso para el predio sirviente, pero sin imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre.

La determinación exacta del alcance y extensión de las servidumbres es un problema complejo, dada la enorme variedad de servidumbres que pueden existir (Borda, 2008, p. 142). Los efectos se rigen por el título constitutivo (acto jurídico, contrato, testamento o la ley) y, no estando previstos en este, vía supletoria, por las disposiciones del Código.

Los alcances implican hasta donde llegan los efectos, *i. e.*, la relación jurídica entre las partes respecto de los bienes. Es el ejercicio de la servidumbre.

Toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sobre su extensión o modo de ejercerla, se interpreta en el sentido menos gravoso para el predio sirviente, pero sin imposibilitar o dificultar el uso de la servidumbre. Así, la servidumbre se entiende constituida para satisfacer las *necesidades* normales y previsibles del predio dominante, con el menor *perjuicio* al predio sirviente; es lo que Teles de Menezes Leitão (2012, pp. 392-383) llama ley de mínimo medio, que es un principio de protección para el predio sirviente (Rojina Villegas, 2014, p. 147). El derecho romano lo tomó como un principio denominado *comportamiento civiliter*, *i. e.*, "el ejercicio del derecho debe mantenerse dentro de los límites de la estricta necesidad (*civiliter uti*) para perjudicar lo menos posible al dueño del fundo gravado con una servidumbre" (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2016, p. 191). Debe contenerse en los límites de la estricta necesidad del predio dominante, de ahí que la interpretación deba ser restrictiva; la servidumbre tiene que imponer el

menor perjuicio o incomodidad posible al predio sirviente (Gama, 2011, p. 525). De esta manera, "en el ejercicio de su derecho, el dueño del predio dominante debe procurar el mínimo perjuicio, evitando toda molestia o embarazo innecesario en el predio sirviente" (Peñailillo, 2006, p. 489). Con buena fe, en lo justo y necesario, sin exagerar en el beneficio, es que debe ejercerse la servidumbre.

Las dudas sobre la extensión de las servidumbres y el modo de ejercerlas serán interpretados por el propietario del fundo sirviente. Esta disposición, a decir de Borda (2008, pp. 143-144), se funda en el principio de que la propiedad es ilimitada y las restricciones a su ejercicio serán interpretadas restrictivamente.

## 12. Atributos

Son los denominados poderes o facultades de la servidumbre, *iure servitus*.

Confiere al titular del predio dominante el derecho de realizar en el predio sirviente ciertos actos de posesión o a impedir que el propietario del predio sirviente ejerza actos propios de su dominio (Borda, 2008, p. 109; artículo 1035 del Código). El propietario del predio sirviente pierde en favor del propietario del predio dominante el ejercicio de alguna de sus facultades dominiales (uso, goce y disfrute), o tolera que se use, tornando el predio dominante en más útil y agradable (Gama, 2011, p. 519).

Así tenemos:

- *Uso*. Respecto del titular del predio dominante, implica un servirse del predio sirviente.
- *No hacer* (non facere). Abstenerse el titular del predio sirviente de realizar ciertos actos que de no existir la servidumbre podrían, perfectamente, llevarse a cabo en mérito de su derecho de propiedad.
- *Tolerar, soportar o abstener*se (pati, in patiendo consistunt). El dueño del predio sirviente debe tolerar o soportar en su propiedad ciertos actos que puede realizar el dueño del predio dominante.

La servidumbre no puede consistir en un hacer (*in faciendo*); rige el principio *servitus in faciendo consistere nequit*. Para Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, pp. 181-182), la servidumbre no puede crear para el dueño del predio sirviente la obligación de hacer por dos razones:

- La servidumbre busca procurar la comunicación directa entre fundo y fundo confiriendo ciertas ventajas al fundo sirviente, y tal no sucedería si la ventaja del predio dominante dependiera de la prestación de

una persona (la servidumbre es un derecho real que se ejercita sobre la cosa, no requiere colaboración de terceros).

– La servidumbre es, por lo general, perpetua; sería insoportable si eternamente impusiera, sin opción de desligarse, una obligación al titular del predio sirviente.

No es un hacer del propietario del predio sirviente en el predio dominante; de ser así, dejaría de ser la servidumbre un incremento o disminución del derecho de propiedad sobre los predios para convertirse en una obligación personal, lo cual se opone al carácter real de la servidumbre. Peñailillo (2006, p. 486) aclara que estaríamos ante los llamados derechos reales *in faciendo*, en los que, además de tolerar, el dueño es obligado positivamente a realizar una prestación[10].

De esta manera, no existen las servidumbres *in faciendo*, salvo la excepción consagrada en el artículo 1044, como dice Ramírez Cruz (2017, p. 224), referido a las obras requeridas para el ejercicio de la servidumbre que son de cargo del propietario del predio dominante, *servitus oneris ferendi*. Consideramos que estas obras no son una excepción a la regla *servitus in faciendo consistere nequit*, ya que las mismas se imponen para implementar la servidumbre, no son parte de ella.

## 13. Clasificación

La doctrina distingue tipos de servidumbres, conocidos como modalidades de la servidumbre. Gomes (2012, pp. 297-301) las clasifica según su causa, objeto y modo de ejercicio.

| Causa | Objeto | Modo de ejercicio |
|---|---|---|
| Legales | Urbanas | Positiva-negativa |
| Naturales | Rurales | Continua-discontinua |
| Voluntarias | | Aparente-no aparente |

Debe tenerse en cuenta que tanto las legales como las continuas y las voluntarias pueden ser positivas o negativas, continuas o discontinuas, o aparentes o no aparentes.

10 Para mayor referencia sobre los derechos reales *in faciendo* véase Varsi Rospigliosi (2017, pp. 191-192).

Arias Schreiber Pezet y Cárdenas Quirós (1998, p. 324) sostienen que, además, pueden constituirse servidumbres testamentarias, consideradas por nuestra parte dentro de las voluntarias, las cuales no pueden vulnerar la legítima de los herederos. Ambos autores expresan: "Puede ser que una persona, legando dos heredades a diferentes sujetos, establezca dos o más servidumbres a favor de uno de los predios y a cargo de otro".

Son servidumbres especiales las siguientes:

### 13.1 Por su acción

- *Servidumbres activas*. El predio dominante es el que reporta la utilidad. En este caso, se presenta como un derecho real limitado. Verbigracia: vista.
- *Servidumbres pasivas*. El predio sirviente es el que sufre la carga. En este caso, se presenta como una limitación al dominio. Verbigracia: paso.

Borda (2008, p. 119) refiere que no se trata de dos especies de servidumbres; no son distintas, se trata de dos aspectos de una misma servidumbre: dos caras de una misma moneda.

### 13.2 Por su ejercicio

Pueden ser:

- *Servidumbres continuas*. Aquellas cuyo uso es y puede ser permanente e ininterrumpido, sin que exista un acto del hombre. Verbigracia: acueducto, el agua siempre va a pasar, es un hecho natural, aunque en temporadas haya sequía.
- *Servidumbres discontinuas*. Aquellas cuyo uso es con interrupciones o intervalos periódicos; requieren del acto del hombre para ser ejercidas. Verbigracia: paso, depende del uso del hombre.

La continuidad no tiene nada que ver con el uso permanente o constante, ni la discontinuidad con el uso esporádico. Puede haber una servidumbre continua que se ejerza con intermitencia, como el paso del agua de tiempo en tiempo (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2016, p. 187). Peñailillo (2006, p. 488) afirma que "la continuidad y discontinuidad es una característica que debe ser apreciada de manera objetiva y universal".

### 13.3 Por sus características

Estas se dan según sus señales de existencia:

- *Servidumbres aparentes*. O visibles, o presentes, son aquellas que están continuamente a la vista por signos exteriores, revelando su uso y aprovechamiento. Pueden ser materia de *usucapio*. Verbigracia: servidumbre de paso, si existe sendero, o de acueducto. Son estas las que en nuestro ordenamiento pueden adquirirse por prescripción.
- *Servidumbres no aparentes*. No visibles u ocultas, inaparentes; estas no presentan indicio alguno exterior de existencia. Les falta el elemento posesorio mínimo, el poder de hecho apto a inducir la imputación dominial (Penteado, 2008, p. 494). Pueden ser ejercidas en ignorancia del propietario del predio sirviente o ser confundidas con actos de mera tolerancia (Teles de Menezes Leitão, 2012, p. 379). No pueden ser materia de *usucapio* al no ser públicas y no se permite su constitución por destinación de padre de familia. Verbigracia: de no edificar, de paso si no existe sendero, de acueducto si el paso es por cañerías subterráneas.

### 13.4 Por su naturaleza

Pueden ser:

- *Servidumbres positivas*. O afirmativas, *in patiendo*, es la servidumbre que otorga al dueño del predio dominante la facultad de hacer alguna cosa o de hacerla por sí mismo en predio ajeno. Implica un soportar del predio sirviente. Implica un usar. Verbigracia: de paso, acueducto.
- *Servidumbres negativas*. O de negación, *servitus prohibendi* o *in non faciendo*, es la que prohíbe al dueño del predio sirviente hacer algo que le sería lícito sin la servidumbre. Implica un beneficio del predio dominante. Implica un impedir. Verbigracia: no levantar paredes, *servitus altius non tollendi*; o la prohibición de construir o edificar, *non aedificandi*.

La positiva consiste en "dejar hacer" al propietario dominante. La negativa es un "no hacer"; al titular del predio sirviente se le limita sus acciones.

- *Servidumbre desvinculativa*. Es aquella que libera al predio dominante de restricciones legales (normalmente surgen por acuerdo entre las partes). Verbigracia: liberación de emisiones.

### 13.5 Por su origen

– *Servidumbres legales.* Son las forzosas o impuestas, establecidas por la ley (u otras normas del ordenamiento jurídico); llamadas coactivas, se fundan en el bien común y la utilidad pública. Verbigracia: de paso para predios mediterráneos.

  Pueden ser:

  - Servidumbres legales de interés público.
  - Servidumbres legales de interés privado: servidumbre legal de paso onerosa (artículos 1051-1052) y servidumbre legal de paso gratuita (artículo 1053).

– *Servidumbres voluntarias.* Son las convencionales o pactadas por la voluntad de los propietarios. Verbigracia: de luz o aire.

– *Servidumbres naturales.* Es propia de los predios; en su constitución no interviene la mano del hombre ni es impuesta por la ley. Como dice Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 189), la carga se encuentra inscrita en el mismo suelo. Verbigracia: acueducto (el agua siempre va a discurrir), que existiría aun sin ley que lo reconociera (p. 191).

### 10.6 Por su patrimonialidad

– *Servidumbre onerosa.* Es aquella que se establece con una retribución económica. Verbigracia: la servidumbre legal.

– *Servidumbre gratuita.* Es aquella que no se establece con una retribución económica.

A criterio de Lafaille y Alterini (2011, p. 5), existen dos tipos de servidumbres, las reales y las personales, según las contemplaba el Código argentino de Vélez:

– *Servidumbre real.* Es el derecho establecido al poseedor de una heredad sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera (artículo 2971).

– *Servidumbre personal.* Es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión de un inmueble, y que acaba con ella (artículo 2972).

## 14. Clases

Hay tantos tipos de servidumbre como utilidades encuentre un inmueble con cargo al predio vecino o próximo (Mejorada, 2015). Es decir, son tantas

y tan variadas las servidumbres que difícil es enumerarlas, de allí que solo se indiquen las más usuales; además, resultaría poco técnica su enumeración al detalle.

Esto no quiere decir que se rompa con la regla *numerus clausus* de los derechos reales, pues la estructura del derecho de servidumbre es la misma en cada caso, sino que al derecho se le puede constituir con distintos contenidos.

Entre las clases más comunes de servidumbre están las de tránsito, acueducto y de vista o iluminación.

### 14.1 Servidumbre de paso

Llamada de tránsito, es la más común, *servitus traseundi*.

En los predios rústicos se dividían en tres:

- *Iter*. Es el derecho de ir o pasar un sujeto.
- *Actus*. Es el derecho de un sujeto guiando una caballería o un vehículo (el *iter* no tiene *actus*; el que tiene el *actus* tiene también el derecho a pasar sin caballería).
- *Via*. Es el derecho de ir, conducir y pasear (la *via* contiene el *iter* y el *actus*).

Cuando un predio sirve como vía de acceso a otro, se configura una servidumbre gratuita. Se da en los predios mediterráneos (enclavados, encerrados), cuando no tienen acceso o salida a la vía pública y dependen de los demás para ello. Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 213) afirman que es una verdadera servidumbre; así, entendemos por qué es la más común y por qué se sirve para la transitabilidad del sujeto.

La inmatriculación de un predio mediterráneo no requiere constitución de servidumbre de paso[11].

Este tipo de servidumbre es la única regulada expresamente en el Código (del artículo 1051 al 1054), de allí que su naturaleza primigenia sea la de servidumbre legal.

### 14.2 Servidumbre de acueducto

Llamada servidumbre de (paso de) aguas. Antiguamente se la conocía como *caños e canales y agueduchos* (Leyes de Castilla).

---

11 Véase *Diálogo con la jurisprudencia* (2013, tomo 179, p. 194).

Se da cuando se usa un inmueble para llevar o conducir el agua a otro. De aquellos predios (inferiores) que para recibir aguas que, naturalmente y sin intervención del hombre, descienden o pasan de otros predios (superiores).

Nacen a partir de la concesión del derecho al uso del elemento hídrico y presentan una configuración paralela respecto al régimen regulado en el Código Civil (Gonzales Barrón, 2017, p. 67).

### 14.3 Servidumbre de vista

Llamada servidumbre de luces y vistas, se da cuando se afecta un bien para mantener la iluminación, la luz o el panorama. Frente a ello se restringe la construcción permitida de otro bien, estableciéndose la servidumbre de no construir a mayor altura, *altius non tollendi*.

A las servidumbres de luces se le llamó *servitus ne luminibus officiatur*, mientras que a las de vista se les llamó *servitus ne prospectus officiatur*. En la actualidad, se debate la posibilidad de poder adquirirla vía prescripción (Cortina Gonzales, 2018).

### 14.4 Servidumbre de desagüe

Llamada servidumbre de tejados, *servitus cloacae*. Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.

El dueño de un predio debe construir su tejado a fin de permitir que el agua de la lluvia que cae en los tejados superiores fluya, también, por el suyo.

### 14.5 Servidumbre de medianería

Estas son las llamadas servidumbres irregulares. La carga recae sobre la pared medianera que divide los predios contiguos. La pared medianera puede haber sido construida por ambos titulares de los predios colindantes o puede haber sido construida solo por uno de ellos.

Es regulado en el Código Civil español expresamente como servidumbre de medianería entre los artículos 571 y 579, y se establece la presunción de su existencia en atención a su apariencia. El artículo 572 del citado Código expresa que se presume la servidumbre de medianería mientras no haya un título o signo exterior o prueba en contrario:

(i) En las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación.

(ii) En las paredes divisorias de los jardines o corrales sitos en poblado o en el campo.

(iii) En las cercas, vallados y setos vivos que dividen los predios rústicos.

En nuestro ordenamiento, no se regula expresamente este tipo de servidumbre, pero sí el derecho, lo que no es óbice para su constitución.

### 14.6 Servidumbre de aireación o ventilación

Esta se da a favor de un predio que afecta al sirviente con el paso de un ducto que permita la ventilación. Está relacionada con la servidumbre de vistas y de luces.

### 14.7 Servidumbre de balcón

Servidumbre personal, voluntaria, esporádica. Consiste en el derecho que se le otorga a una persona no titular del predio que soporta la carga para que, en fechas o situaciones pactadas, esta pueda hacer uso del balcón. Por ejemplo, para poder observar el desfile cívico-militar de Fiestas Patrias, o la procesión en el mes de octubre del Señor de los Milagros.

### 14.8 Servidumbre de palco o butaca

También es una servidumbre personal y voluntaria, de naturaleza similar a la servidumbre de balcón, pero referida a localidades específicas, como la localidad de un teatro o de la iglesia.

### 14.9 Servidumbre de saca de leña

Otra vez es el Código Civil español el que regula expresamente un tipo de servidumbre personal como el de saca de leña, de tal manera que su titular podrá beneficiarse de los materiales que se encuentren en una finca ajena. Cabe recordar que la disposición normativa del citado Código (artículo 604) no solo hace referencia al aprovechamiento de leña, sino de *los demás productos de los montes de propiedad particular.*

### 14.10 Servidumbre de comunidad de pastos

Es otra de las servidumbres denominadas personales limitadas. En este caso, lo que sucede es que el titular de ganados puede hacer que pasten en

un predio ajeno sobre lo que vendría a constituir el predio sirviente. Es el aprovechamiento de pastos generados en un predio de otro titular.

La jurisprudencia española ha hecho un distingo entre la servidumbre de pastos y la comunidad de pastos. En el primer caso, estaremos ante la situación en que la titularidad del predio sirviente pertenezca a uno o más interesados; y, en el segundo, la titularidad recae sobre la totalidad de quienes disfrutan del derecho.

## 15. Derechos y obligaciones del titular del predio dominante

### *15.1 Derechos*

- Disponer del predio dominante (artículo 1036).
- Llevar a cabo acciones para el uso de la servidumbre.
- Ejercitar acciones judiciales o extrajudiciales en defensa de la servidumbre.
- Impedir que el titular del predio sirviente realice ciertos actos.

### *15.2 Obligaciones*

- Respetar los alcances de la servidumbre.
- Dar un uso de acuerdo con el título de constitución.
- Asumir el pago de obras necesarias para el ejercicio de la servidumbre (artículo 1044).
- No aumentar gravamen por hecho propio (artículo 1046).
- No exceder límites para el ejercicio de la servidumbre.

## 16. Derechos y obligaciones del titular del predio sirviente

### *16.1 Derechos*

- Conservar los atributos de la propiedad.
- Ejercitar acciones de defensa de la servidumbre.
- Derecho de variar la servidumbre si le es incómoda (artículo 1047).
- Derecho a exigir que las obras realizadas para el ejercicio de la servidumbre le causen la menor incomodidad (artículo 1044).

- Pago de indemnización por los daños causados (artículo 1052).
- Derecho de oponer la caducidad por el no uso (artículo 1050).

### *16.2 Obligaciones*

- Tolerar el ejercicio de la posesión, es decir, no impedir el uso de la servidumbre.
- Cumplir con la obligación de no hacer o abstención.
- Permitir que el titular del predio dominante realice obras en el predio sirviente para el ejercicio y conservación de la servidumbre (artículo 1044).
- Prohibición de impedir el uso y ejercicio de la servidumbre (artículo 1047).
- Prohibición de dificultar o perturbar el uso de la servidumbre (artículo 1043, *in fine*).
- Cumplir con los trabajos o gastos que se hubiera comprometido para el ejercicio o conservación de la posesión.

## 17. Constitución

Son los modos de establecer la servidumbre. Se puede constituir por ley (legal) o por acto voluntario: bilateral por contrato o acto jurídico unilateral (*inter vivos*), o por testamento (*mortis causae*).

Analicemos sucesivamente cada una de estas modalidades de constitución.

### *17.1 Ley*

Servidumbre legal, llamada forzosa. Es establecida por norma jurídica.

La servidumbre legal está prevista para predios enclavados, que no tienen acceso a los caminos públicos, en cuyo caso el propietario encerrado puede salir por cualquier inmueble colindante, sin que el dueño de este se pueda resistir. La servidumbre legal de paso es siempre onerosa y no requiere una declaración judicial; surge por la mera existencia de un inmueble mediterráneo. Esta servidumbre es perpetua (Mejorada, 2015).

### *17.2 Voluntaria*

Servidumbre convencional o voluntaria. Es establecida por la voluntad. Es un modo derivado.

Como dependen de la voluntad humana, a decir de Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 224), estas servidumbres no pueden enumerarse, determinarse ni clasificarse; serán tantas cuantas las convenciones de los dueños pacten. Esta deriva de un título.

Es una forma de adquisición derivada. Es *inter vivos*.

#### 17.2.1 Contrato

Mediante contrato podemos constituir cualquier servidumbre, por el tiempo que se convenga, sin límite y en las condiciones que se estipulen en el acto constitutivo. Solo se requieren dos inmuebles (por lo menos); incluso si el propietario de ambos bienes es la misma persona, se puede establecer este derecho (Mejorada, 2015).

#### 17.2.2 Acto jurídico unilateral

Depende de la sola voluntad del propietario del predio sirviente.

### *17.3 Testamento*

Es un acto *mortis causae*.

### *17.4 Prescripción adquisitiva*

Es una forma de adquisición originaria.

Es la prescripción una de las más severas muestras de los efectos del tiempo, por sí solo inofensivo, en el derecho.

Surge de la posesión, *tantum praescriptum quantum possessum*; se prescribe en la medida que se posee, pero no cualquier posesión, sino de la cualificada.

Solo procede en las servidumbres aparentes, no en las inaparentes, ya que no se prestan a la posesión pública —vista y paciencia del propietario—, que es menester para la prescripción (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2016, p. 232).

A pesar de que en otros ordenamientos, como el boliviano, el argentino, el chileno, el ecuatoriano, el mexicano y el español, además de la apariencia, hacen referencia a la continuidad del derecho, debe tenerse en cuenta que tal elemento no solo refiere que no se requiere de la actuación del hombre para el desarrollo del derecho. Esto es, que no se regule la prescripción de las servidumbres discontinuas se debe a que los posibles actos del hombre se encuadran dentro de una presunción de tolerancia. Así, el maestro español Álvarez Caperochipi (2015, pp. 278-279) expresa:

> ¿Por qué se excluye de la usucapión a las [servidumbres] discontinuas? Es lo más común —aunque no concluyente— fundar la imposibilidad de la usucapión de las discontinuas en una presunción de tolerancia. La categoría surge para subrayar que un uso por una persona sobre el fundo ajeno no puede ser causa por sí mismo de originarse una servidumbre, aunque sea un uso reiterado, porque debe de considerarse parte de una vecindad amistosa.

La servidumbre también puede adquirirse por *usucapio*, esto es, por la posesión pacífica y continua del bien:

- *Usucapio corta*. Es la quinquenal. Cinco (5) años, por posesión continua, justo título y buena fe.
- *Usucapio larga*. Es la decenal. Diez (10) años, sin estos requisitos.

Nótese que en estos dos casos de adquisición no debe caerse en error al señalarse en el artículo 1040 que "solo las servidumbres aparentes pueden adquirirse por prescripción, mediante la posesión continua y durante cinco (5) años con justo título y buena fe o durante diez (10) años sin estos requisitos". No debe interpretarse que para el caso de la usucapión larga no se requiere el requisito de la posesión continua, sino que es un presupuesto necesario para todas las formas de prescripción. Al expresar "sin estos" hace referencia solo al justo título y a la buena fe. Proximidad, *estos*, no aquellos.

Si un predio se ha beneficiado de otro de manera pública, pacífica y continua por 10 años, como si existiese una servidumbre, nace el derecho, aunque el dueño del predio afectado nunca hubiese aceptado la carga. Así, tenemos que, si el propietario de una tierra accede a ella a través de otro bien, generando en los hechos un paso, al cabo de un tiempo se configura un predio sirviente. Solo se requieren 5 años si el poseedor del predio dominante creía tener la servidumbre (buena fe), aunque en la realidad no contaba con ese derecho. La prescripción no se configura si por cualquier medio el propietario afectado reclama la devolución antes que venzan los plazos (Mejorada, 2015).

El artículo 1040 del Código señala que la adquisición de este derecho de servidumbre por prescripción solo es posible si se trata de servidumbres "aparentes", aquellas cuya posesión se aprecia a simple vista. Lo que se busca es que el dueño afectado pueda saber que está naciendo un derecho que limitará su propiedad. Por ejemplo, las servidumbres de vista en algunas urbanizaciones de playa, donde la posición de los inmuebles respecto del mar revela con claridad la existencia de la carga. Por el contrario, no son aparentes algunas servidumbres de acueductos subterráneos (Mejorada, 2015). Maisch (1984, p. 115) considera que la razón de que solo las servidumbres continuas y aparentes puedan ser susceptibles de usucapir radica en el facto de evidencia y persistencia.

La redacción del artículo 1040 es incompleta, por lo que deben aplicarse de forma supletoria los artículos 950 al 953 (Subcapítulo V. Prescripción adquisitiva, Capítulo segundo. Adquisición de la propiedad).

### 17.4.1 ¿Se pueden prescribir servidumbres de vista?

Parte de la academia nacional ha indicado que no resulta posible adquirir por usucapión la servidumbre de vista, ya que esta es de una naturaleza que impide poder desarrollar actos posesorios. Sin embargo, otra parte muy joven de la academia optó por considerar, efectivamente, su posibilidad.

Tal posibilidad se sustenta en dos puntos centrales, si bien criticables, merecedores de atención. El primero de ellos es que la apariencia del derecho de vista expresa no solo un rasgo de publicidad, sino el propio desenvolvimiento de la posesión, entendiendo a la posesión no solamente como la facultad de usar el bien, de materialmente hacerlo suyo. Estas características no delimitan en estricto a la posesión; también se requiere la posibilidad de disposición en el ejercicio de ese derecho, por lo que hay que considerar en este extremo la apariencia, la continuidad y el carácter negativo de ese derecho.

Con esta caracterización surge el problema de saber a partir de qué momento se computará el plazo prescriptorio. Ante esto, se debe recordar que la servidumbre de vista es una de carácter negativo, por lo que este carácter debe ser tomado en cuenta: ¿desde cuándo se impone un no hacer?

Esta pregunta encuentra solución en el propio Código Civil español, que establece en su artículo 538:

> Artículo 538.- Para adquirir por prescripción las servidumbres a que se refiere el artículo anterior, el tiempo de la posesión se contará: en las positivas, desde el día en que el dueño del predio dominante, o el que haya

> aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente; *y en las negativas, desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre* [las cursivas son nuestras].

Es decir, el cómputo se realizará desde el momento en el que quien vendría a ser el titular del predio dominante curse aviso al del predio sirviente para que este no haga. Así, si Primus, titular del predio que se constituirá como dominante, advierte a Secundus que está en goce de la vista, y este no actúa de manera diligente en los próximos diez años para interrumpir el plazo, nada impediría que Primus adquiera el derecho.

### 17.5 Por destino del padre de familia

Llamada destinación del padre de familia, *vaut titre* (*Code*, artículo 692), es una hipótesis particular de constitución de servidumbres (Teles de Menezes Leitão, 2012, p. 379).

La destinación del predio al servicio de otro del mismo dueño es un acto que deriva del derecho de propiedad, en mérito del cual el dueño de dos predios establece entre estos un servicio o relación que constituiría servidumbre si los predios fueran de distintos dueños (Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 2016, p. 230).

Ramírez Cruz (2017, p. 255) nos dice que se presenta cuando el propietario de dos predios impone servidumbre en beneficio de uno de ellos (artículo 1048), rompiéndose el principio *nemini res sua servit*; de esta manera, se admite la servidumbre sobre bien propio. Precisa el mismo autor que esta norma adquiere importancia cuando el predio sirviente sea transferido a otra persona, hallándose optimizado para su explotación.

Para que se configure, a criterio de Borda (2008, p. 123), se requieren las siguientes condiciones:

- Que el propietario de dos predios haya sujetado uno respecto del otro con servidumbre de hecho —al pertenecer ambos inmuebles a un solo propietario no cabe la constitución de servidumbre de derecho—.
- Que se produzca la separación de dos predios.
- Que el contrato no contenga ninguna convención respecto de la servidumbre.
- Que se trate de una servidumbre continua y aparente.

Peñailillo (2006, p. 506) señala que, en tanto no existen dueños diferentes, la servidumbre por destinación del padre de familia permanecerá como un simple acto de ejercicio de su derecho de propiedad.

## 18. Formalidad

El Código no reviste una forma especial, situación que sí sucede para otros derechos reales (como la hipoteca); bastará con un documento privado de fecha cierta (artículo 143). Sin embargo, todo nos lleva a indicar que lo mejor es por escritura pública.

La constitución del derecho de servidumbre debe constar en un acto jurídico que contenga el acuerdo entre las partes (contrato, testamento) y que en el mismo se detalle la extensión de las condiciones para el ejercicio de la servidumbre (artículo 1043).

Bien dice Maisch (1984, p. 114) que la servidumbre no se presume, debe constar en un título tomando en cuenta que es una desventaja para el predio sirviente; lo que se presume es que el predio esté libre de carga.

Borda (2008, p. 120) indica con certeza que la servidumbre es otro supuesto excepcional de los derechos reales (como la hipoteca), que se constituyen sin la tradición.

## 19. Registro e inscripción

Ramírez Cruz (2017, pp. 231-248), sustentándose en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (Resolución N.° 097-2013-SUNARP/SN), que regula lo relativo a la inscripción de la servidumbre (artículo 144), considera que debe inscribirse a fin de que sea oponible *erga omnes*.

## 20. Conservación

Ramírez Cruz (2017, p. 255) refiere que aquel dueño del predio dominante que utiliza una servidumbre de paso para llegar a él "lo hace en consideración al predio dominante"; de esta manera, la servidumbre se conserva y no se extingue. El artículo 1045 del Código Civil estima que "la servidumbre se conserva por el uso de una persona extraña, si lo hace en consideración del predio dominante".

## 21. Transferencia

A fin de poder disponer de un derecho subjetivo, debe acreditarse su titularidad.

Para poder constituir una servidumbre, debe acreditarse la calidad de propietario o poseedor de los predios —tanto dominante como sirviente—, resultando aplicable la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet* (nadie puede transferir a otro más derecho que el que posee) y *nemo dat quod non habet* (nadie puede transmitir lo que no tiene).

## 22. Modificación

Las servidumbres tienen, por su propia naturaleza (como derecho asociado a un predio o finca), una tendencia a la estabilidad. Con todo, pueden ser modificadas en ciertas circunstancias que el Código ha previsto expresamente.

En primer lugar, las servidumbres pueden ser objeto de modificación legal o negocial. Así, puede modificarse una servidumbre por la entrada en vigor de un plan urbanístico de carácter imperativo, por disposición expresa de la ley (por ejemplo, en el marco de reformas agrarias) o por la aplicación judicial o administrativa de normativas específicas (medioambientales, de salubridad, etcétera).

Indirectamente, pero también por ministerio de la ley, puede modificarse el *modus servitutis* (la forma o el modo de usarla) por usucapión (artículo 574 CC), permaneciendo, sin embargo, en lo demás inalterado el derecho. Del mismo modo, puede que parte del contenido de la servidumbre se vea mermado por prescripción extintiva cuando no es ejercido.

Las partes que crearon una servidumbre también pueden modificarla de la manera que tengan por conveniente. También podrán modificar las servidumbres forzosas, siempre que respeten el contenido imperativo de la ley y no se perjudique a terceros (artículo 551.II CC).

Cuando la servidumbre produzca un sacrificio excesivo o innecesario al dueño del fundo sirviente, dentro de las condiciones del artículo 545.II CC, podrá variar el lugar o forma de su ejercicio (*ius variandi*).

Otro supuesto de modificación de las servidumbres deriva de una variación en el estado físico o económico (por cambio de actividad) de los predios, especialmente cuando los predios estén en tal estado que se imposibilite el ejercicio normal del contenido típico de la servidumbre (imposibilidad que, si llega a ser absoluta, es causa de extinción por falta de idoneidad objetiva).

## 23. Extinción

A pesar de que son perpetuas, las servidumbres se extinguen.

Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 236) sostienen acertadamente que las servidumbres son servicios que un predio rinde a favor de otro, siendo en principio perpetuas como son los predios. Si ellas se extinguen (aun cuando los fundos subsistan), es más bien por accidente.

No existe en el Código una norma expresa que concentre los casos sobre extinción; sin embargo, se desprende de la regulación que si la *causa servitutis* desaparece, entonces, el derecho se habrá extinguido.

El Código solo trata tres casos expresos: destrucción, prescripción extintiva y obtención de paso.

### *23.1 Destrucción*

Por destrucción total o parcial, voluntaria o involuntaria, de los predios dominante o sirviente (artículo 1049).

Nótese que el Código permite, en el artículo 1049, la extinción unilateral del derecho, desde que admite que la destrucción pueda ser voluntaria por algunas de las partes constituyentes. En este caso, no se valora si la extinción es unilateral o si requiere del consentimiento, sino la pura extinción de la *causa servitutis*, es decir, de su hecho justificante.

### *23.2 Prescripción extintiva*

Llamada liberatoria, *usucapio libertatis*. *Non usus* o *non uti*. Por el no uso durante 5 años (artículo 1050).

Como dicen Alessandri, Somarriva y Vodanovic (2016, p. 239), el fundamento de esta causa extintiva radica en que, como la imposición de la servidumbre solo se justifica por la utilidad que presta, la ausencia del uso demuestra la inutilidad de la carga.

Para González Linares (2012, p. 821), se trata de un caso de caducidad (artículo 2003) y no de prescripción extintiva.

### *23.3 Obtención de paso*

Se refiere solo a la servidumbre legal de paso (artículo 1051). Se presentan dos casos:

- *Consolidación*. Cuando el propietario del predio dominante adquiere otro que le dé salida. Puede ser, además, el caso de consolidación de la propiedad en una misma persona del predio dominante y del sirviente.
- *Paso alterno*. Cuando se abre un camino que dé acceso inmediato al predio (paso alterno).

### 23.4 Otras causales de extinción no consideradas en la norma

Confusión, por adquirirse uno de los predios por un mismo titular (el dominante, el sirviente o un tercero). La servidumbre se extingue en mérito del *nemini res sua servit*; sin duda la relación de servidumbre puede permanecer, pero ya no como servidumbre, sino como ejercicio de la propiedad (Teles de Menezes Leitão, 2012, p. 391). La servidumbre se activaría en caso de transferirse *a posteriori* uno de los predios, es lo que se llama renacimiento de la servidumbre.

- Revocación.
- Expropiación.
- Imposibilidad de uso.
- Por resolución judicial:
  - Rescisión.
  - Resolución[12]
  - Invalidez (nulidad y anulabilidad).
- Vencimiento del plazo.
- Cumplimiento de la condición resolutoria.
- Desaparición de la necesidad que motivó la creación de la servidumbre forzosa. La servidumbre termina siendo inútil, no es requerida como en su inicio lo fue, de allí que deba ser sobreviniente, es decir, verificarse luego de su constitución.
- Por cambio de estado de los predios, haciendo imposible el goce de la servidumbre por imposibilidad física (como pérdida de la cosa) o jurídica.
- Por negocio jurídico extintivo (convenio de redención) concluido entre el dueño del predio dominante y el del sirviente.

12 *Resoluto iure dantis, resolvitur ius accipientis,* resuelto el derecho del que da, queda resuelto el derecho de quien recibe.

– Por renuncia del dueño del predio dominante, expresa o por *facta concludentia*, siempre que la renuncia no perjudique a terceros (especialmente a usufructuarios, arrendatarios y acreedores hipotecarios).

## 24. Tutela de la servidumbre

Se aplican los mecanismos de la defensa posesoria. Es el ejercicio del *ius possessionis.*

Entre las acciones de defensa de las servidumbres, tenemos:

– Acción confesoria, la cual, según Ramírez Cruz (2017, p. 366), protege al titular del predio dominante contra quien perturbe su ejercicio, y está orientada a que cesen las perturbaciones y se respete la existencia.

– Acciones interdictales u acciones posesorias, que buscan la defensa y protección de la posesión.

– Acción negatoria, que, para Ramírez Cruz (2017, p. 370), es una acción de declaración de certeza; le corresponde al propietario del predio sirviente cuando se le niega que su predio soporta una servidumbre alegada por otro (propietario del predio dominante). La sentencia declarará que el predio está libre de gravamen, si este último no llega a probar que existe la servidumbre.

Así también procede la defensa posesoria extrajudicial (artículo 920).

## 25. Diferencias con otras figuras

Hay diferencias fundamentales entre el derecho real de servidumbre y otros que con el mismo nombre se otorgan para la explotación de recursos naturales (Mejorada, 2015).

### *25.1 Usufructo*

Por este derecho real se cede el uso y disfrute de un bien; recae sobre todo tipo de bienes (muebles e inmuebles) y es temporal, es personalísimo. En cambio, la servidumbre no limita estas facultades, solo recae sobre predios (inmuebles) y es perpetua; aumenta el valor del predio dominante independientemente de que sea su propietario (Gama, 2011, p. 521).

### 25.2 Derecho de paso forzado

El derecho de paso forzado deriva de los derechos de vecindad, no es el derecho real de servidumbre; implica el derecho de paso legal para acceder al bien mediterráneo. Se trata en el artículo 1285 del Código brasileño. Como refiere Gomes (2012, p. 221), deben darse dos presupuestos:

- Que el predio esté naturalmente enclavado.
- Que no tenga salida para la vía pública.

### 25.3 Vecindad

No pueden ser consideradas servidumbres —aunque para algunos son servidumbres legales—, sino limitaciones al derecho de propiedad por razón de vecindad (artículos del 959 al 964). Dada la proximidad de los predios, se afecta el derecho de propiedad en beneficio del uso pleno de estos. Las servidumbres son voluntarias y pocas veces impuestas por la ley. La vecindad tiene como carácter la reciprocidad; la servidumbre, por el contrario, la afectación.

Se presentan los siguientes casos:

- Acceso al predio para transportar materiales.
- Acceso a un predio para recuperar a un animal.
- La demarcación, deslinde y amojonamiento (artículo 966).
- La limitación al discurrir aguas de un predio a otro (artículo 964).
- Dejar pasar materiales para construir o reparar un edificio (artículo 960).
- Acceso a un predio para realizar actos que eviten un peligro actual o inminente (artículo 959).
- Abstenerse de perjudicar propiedades contiguas o vecinas, la seguridad, el sosiego y la salud de sus habitantes (artículo 961).

A diferencia de las servidumbres, que son ilimitadas, los derechos de vecindad son limitados.

### 25.4 Serventía

La serventía es una institución consuetudinaria, subsistente en algunos ordenamientos y que se refiere a un camino, que es utilizado por los habitantes de otras fincas con la finalidad de comunicación al público.

No debe confundirse con el derecho real de servidumbre. No es una de sus modalidades, pues no requiere una relación interobjetiva entre un predio dominante y un predio sirviente; no se constituye un gravamen. No se presenta como una propiedad, sino como una comunidad de uso entre los colindantes.

La serventía se desarrolla en predio de propiedad privada, siendo que los colindantes son los únicos que tienen el derecho de goce del camino. En caso de que quien use el camino no sea uno de los titulares, entonces, se tendrá como actos de tolerancia, como lo que ocurre en el derecho de servidumbre.

La Ley de Derecho Civil de Galicia recoge la figura de la serventía y la regula en los artículos del 76 al 81. El artículo 76 la define así:

> Paso o camino privado de titularidad común y sin asignación de cuotas, cualquiera que sea lo que cada uno de los usuarios o causantes hubiera cedido para su constitución, que se encuentra establecido sobre la propiedad no exclusiva de los colindantes y que tienen derecho a usar, disfrutar y poseer en común a efectos de paso y servicio de los predios.

Puede darse cuando entre los propietarios de las *leiras* (granjas) pactan para ceder una parte y utilizar todos los predios para así tener una vía al camino público. Todos los titulares tienen derecho a utilizarla por igual.

Gomes (2012, p. 297) y Gama (2011, p. 521) la diferencian, además, de los actos de tolerancia y de las simples facultades:

- *Actos de tolerancia.* Estos son eminentemente precarios, su repetición no implica ni constituye una servidumbre, dado que pueden ser prohibidos en cualquier momento, por ejemplo, el tránsito tolerado por simple cortesía.
- *Simples facultades.* La mera posibilidad de servirse de algo o de disfrutar de las mismas no amerita que se constituya servidumbre; por ejemplo, nadie puede arrogarse la servidumbre de vista por el mero hecho de disfrutar de un bello panorama.

## 26. Acciones de defensa

Las acciones de defensa de la servidumbre son las siguientes:

### *26.1 Acciones de oposición a la servidumbre*

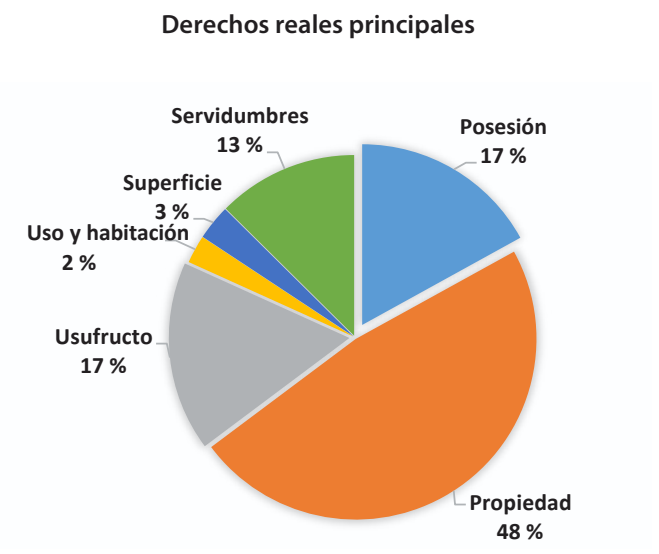
- *Acción confesoria.* Cuando se solicita la declaración de la servidumbre, básicamente, por el propietario del predio dominante.

– *Interdictos posesorios*. Se utilizan cuando el titular de la servidumbre es impedido en el ejercicio.

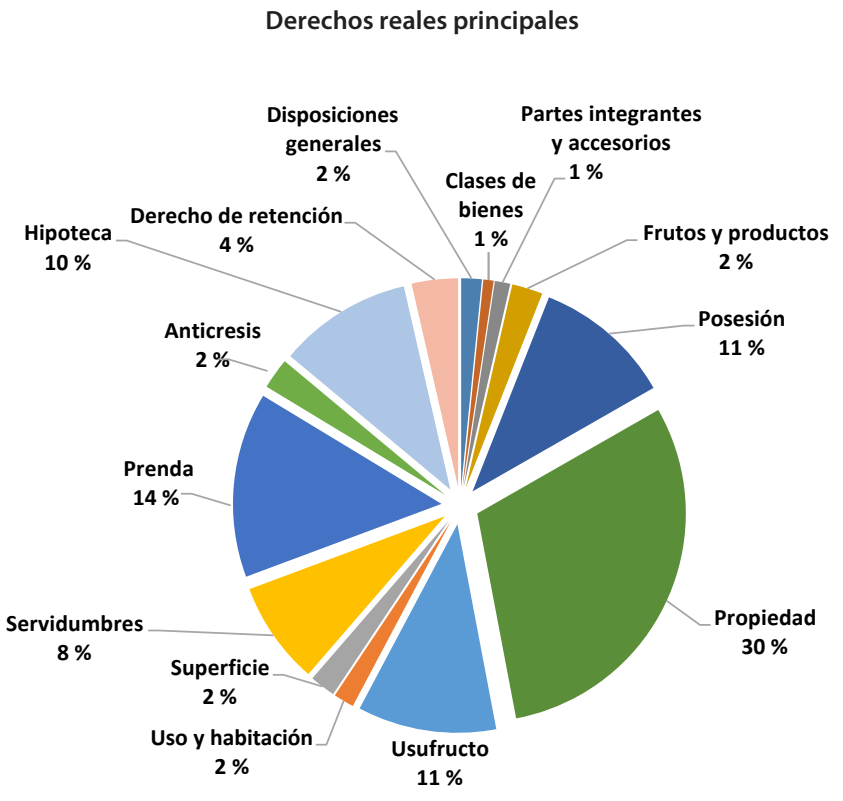
### 26.2 Acción negatoria de la servidumbre

La acción negatoria de servidumbre puede ser definitiva, como aquella mediante la cual el dueño de un predio (sirviente) niega el derecho a la servidumbre a aquel que en la *litis* se constituye en la calidad de demandado, que quiere atribuirse ese derecho. Está fundada en el principio de que la propiedad es libre mientras no se pruebe lo contrario, y su éxito exige que por parte del que acciona se justifique el dominio; una vez acreditado este, le incumbe al demandado la demostración de que la servidumbre cuya negación se insta existe.

La servidumbre de paso, al ser discontinua, solo puede adquirirse en virtud de título y, a falta del mismo, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por sentencia firme (artículos 539 y 540 del Código Civil). En este caso, no ofrecen los demandados título alguno que les faculte para tener por cierta la constitución del derecho de paso a través del predio del demandante, sin que se haya acreditado de forma adecuada la existencia de ese paso de forma inmemorial, antes de la publicación del Código Civil, extremo que hoy en día resulta prácticamente inviable.



LIBRO V, TÍTULO VI




## 27. Regulación legal

La norma jurídica que regula el usufructo es esta:

### *27.1 Regulación civil del derecho de servidumbre*

Nuestro Código trata a la servidumbre como un derecho real principal dentro del Libro V, Sección tercera, Título VI, a lo largo de 20 artículos (del 1035 al 1054) y en total representa el 13 % del tratamiento.

## *27.2 Regulación administrativa para constitución de derecho de servidumbre*

Tenemos el Decreto Supremo N.° 054-2013-PCM, que regula la servidumbre sobre los terrenos eriazos del Estado para proyectos de inversión. Trata sobre el otorgamiento de servidumbres temporales o definitivas sobre predios estatales inscritos o no en el Registro de Predios.

## *27.3 Leyes especiales que regulan el derecho de servidumbre para la prestación de servicios públicos*

### 27.3.1 Sector energía y minas

Tenemos:

- Decreto Ley N.º 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, que, entre otras cosas, regula la concesión definitiva para la transmisión de energía eléctrica, cuando las instalaciones afecten bienes del Estado y/o requieran la imposición de servidumbre por parte de este.
- Decreto Supremo N.º 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas, que regula el establecimiento del derecho de servidumbre o de su modificación a efectos de la constitución de concesiones eléctricas.
- Ley 25844, Ley General de Electrificación Rural, que regula la constitución de las servidumbres rurales.
- Decreto Supremo N.º 025-2007-EM, reglamento de la Ley General de Electrificación Rural.
- Decreto Supremo N.º 032-2004-EM, Reglamento de Actividades de Hidrocarburos, que regula, entre otros, los tipos de derecho de servidumbre en actividades de exploración y explotación, como la servidumbre de ocupación, de paso y de tránsito.
- Decreto Supremo N.º 042-2005-EM, Ley Orgánica de Hidrocarburos, que regula el derecho de uso, servidumbre y la expropiación en las actividades de hidrocarburos en el territorio nacional.
- Decreto Supremo N.º 081-2007-EM, Reglamento de Transporte de Hidrocarburos por Ductos, que regula, entre otros, los derechos que

confiere la servidumbre al concesionario a cargo del transporte de hidrocarburos y las clases de servidumbre que se pueden constituir, como de ocupación de bienes públicos o privados indispensables para la instalación del ducto, de paso para construir vías de acceso y de tránsito para custodia, conservación y reparación del ducto.

– Decreto Supremo N.º 040-2008-EM, Reglamento de Distribución de Gas Natural por Red de Ductos.

### 27.3.2 Sector transporte y comunicaciones

Tenemos:

– Decreto Supremo N.º 013-93-TCC, Ley de Telecomunicaciones, que faculta al Estado para que, por causa de necesidad y utilidad pública o de interés social, el Estado, para sí o para el concesionario que lo solicite, pueda imponer servidumbres forzosas o realizar expropiaciones para llevar a efecto la instalación de los servicios.

– Decreto Supremo N.º 005-2006-MTC, Reglamento de Servidumbres Forzosas.

### 27.3.3 Sector vivienda, construcción y saneamiento

Tenemos la Ley 26338, Ley General de Saneamiento, que regula el uso de bienes públicos y de terceros por parte de las entidades vinculadas a la prestación de servicios de saneamiento.

### 27.3.4 Sector agricultura

– Ley 29338, Ley de Recursos Hídricos, que regula las facultades de la Autoridad Nacional del Agua para otorgar, modificar y extinguir, previo estudio técnico, derechos de uso de agua, así como aprobar la implementación, modificación y extinción de servidumbres de uso de agua, a través de los órganos desconcentrados de la Autoridad Nacional.

– Decreto Supremo N.º 001-2010-AG, Reglamento de la Ley de Recursos Hídricos, que regula la servidumbre de agua, por el que se norma la servidumbre de agua, de paso, de agua natural, de agua voluntaria, de agua forzosa y las responsabilidades de los beneficiarios.

## Referencias

Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A. (2016). *Tratado de derecho civil. Bienes* (7.ª ed., vol. II). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Álvarez Caperochipi, J. (2015). *Derechos reales.* Lima: Jurista Editores.

Arias Schreiber Pezet, M. (1991). *Exégesis del Código Civil peruano. Los derechos reales* (1.ª, vol. IV). Lima: Studium.

Arias Schreiber Pezet , M., y Cárdenas Quirós, C. (1998). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* (vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Arana, F. (2003). Noción de servidumbre. Servidumbre legal y convencional. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 541-543). Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Valdez, J. (2012). La propiedad en el Código Civil. En G. Priori Posada (Ed.), *Estudios sobre propiedad* (pp. 111-121). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial

Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil. Derechos reales* (5.ª ed., vol. II). Buenos Aires: La Ley.

Castañeda, J. (1958). *Instituciones de derecho civil* (2.ª ed., vol. II). Lima: Villanueva, P. L.

Cortina Gonzales, P. (2018). La posibilidad de adquisición de la servidumbre de vista por prescripción. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, *59*, 101-113.

Díez-Picazo, L., y Gullón, A. (1985). *Sistema de derecho civil* (3.ª ed., vol. III). Madrid: Tecnos.

Gama, G. C. (2011). *Direitos reais.* São Paulo: Atlas.

Gatti, E. (1996). *Propiedad y dominio.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gomes, O. (2012). *Direitos reais* (21.ª ed.). Río de Janeiro: Forense.

Gonzales Barbadillo, E. (2007). Facultades del propietario de gravar uno de sus predios en favor del otro. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (2.ª ed., vol. V, pp. 561-562). Lima: Gaceta Jurídica.

Gonzales Barrón, G. (2013). *Tratado de derechos reales* (3.ª ed., vol. II). Lima: Jurista.

Gonzales Barrón, G. (2017). La servidumbre de (paso de) agua. *Actualidad Jurídica*, *280*, 64-73.

González Linares, N. (2012). *Derecho civil patrimonial. Derechos reales* (2.ª ed.). Lima: Jurista.

Lafaille, H., y Alterini, J. (2011). *Derecho civil. Tratado de los derechos reales* (2.ª ed., vol. IV). Buenos Aires: La Ley.

Lôbo, P. (2015). *Direito civil.* São Paulo, Brasil: Saraiva.

Maisch, L. (1984). *Los derehos reales* (3.ª ed.). Lima: Studium.

Mejorada, M. (3 de diciembre del 2015). Servidumbre predial [mensaje en un blog]. Recuperado de http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2015/12/servidumbre-predial.html

Morales Hervias, R. (2012). La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas. En G. Priori Posada (Ed.), *Estudios sobre la propiedad* (pp. 91-110). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Penteado, L. (2008). *Direito das coisas* (2.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Peñailillo, D. (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (4.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Ramírez Cruz, E. (2017). *Tratado de derechos reales* (4.ª ed., vol. III). Lima: Gaceta Jurídica.

Rojina Villegas, R. (2014). *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones* (45.ª ed., vol. II). México D. F.: Porrúa.

Teles de Menezes Leitão, L. (2012). *Direitos reais* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.

Valencia Zea, A., y Ortiz Monsalve, A. (2012). *Derecho civil. Derechos reales* (11.ª ed., vol. II). Bogotá: Temis.

Varsi Rospigliosi, E. (2017). *Tratado de derechos reales. Parte general* (vol. I). Lima: Universidad de Lima, Fondo Editorial.

Vidal Ramírez, F. (2011). *Prescripción extintiva y caducidad.* Lima: Idemsa.

Vieira, J. (2008). *Direitos reais.* Coimbra: Coimbra Editora.

# Bibliografía general


Albaladejo, M. (1983). *Derecho civil* (5.ª ed., vol. II). Barcelona: Librería Bosch.

Alessandri, A., y Somarriva, M. (1974). *Los bienes y los derechos reales* (3.ª ed.). Santiago de Chile: Nascimento.

Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A. (1991). *Tratado de derecho civil. Parte preliminar y general* (7.ª ed., vol. II). Santiago de Chile: Jurídica de Chile.

Alessandri, A., Somarriva, M., y Vodanovic, A. (2016). *Tratado de derechos reales. Bienes* (7.ª ed., vol. II). Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.

Allende, G. (1967). *Panorama de derechos reales.* Buenos Aires: La Ley.

Álvarez Caperochipi, J. A. (1986). *Curso de derechos reales* (vol. I). Madrid: Civitas.

Álvarez Caperochipi, J. A. (1987). *Curso de derechos reales* (vol. II). Madrid: Civitas.

Álvarez Caperochipi, J. (2015). *Derechos reales.* Lima: Jurista Editores.

Alves, L. (2010). *Direito de família mínimo: a possibilidade de aplição e o campo de incidência da autonomía privada no direito de família.* Río de Janeiro: Lumen.

Arias Schreiber Pezet, M. (1991). *Exégesis del Código Civil peruano. Los derechos reales* (1.ª ed., vol. IV). Lima: Studium.

Arias Schreiber Pezet, M. (2006). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* (1.ª ed., vol. II). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011a). Causales de extinción del usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 517-520). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber, M. (2011b). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* (2.ª ed., vol. III). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber, M. (2011c). Expropiación el bien sobre el que recae el usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 481-482). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011d). Mejoras. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 498-499). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber Pezet, M. (2011e). Tributos, rentas y pensiones que gravan el bien. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 492-493). Lima: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber, M. (2011f). Transmisión y gravamen del usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol V, pp. 479-480). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.

Arias Schreiber, M., y Cárdenas Quirós, C. (1993). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984.* Lima: WG editor.

Arias-Schreiber Pezet , M., y Cárdenas Quirós, C. (1998). *Exégesis del Código Civil peruano de 1984* (vol. V). Lima: Gaceta Jurídica.

Astuti, G. (1958). Abitazione (diritto di) (a. Diritto romano e intermedio). En F. Calasso (Ed.), *Enciclopedia del diritto* (vol. I, pp. 91-94). Milán: Giuffrè.

Avendaño Arana, F. (2003). Noción de servidumbre. Servidumbre legal y convencional. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Ed.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 541-543). Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Valdez, J. (2007). Definición de la propiedad. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (2.ª ed., vol. V, pp. 137-139). Lima: Gaceta Jurídica.

Bello, A. (1981). *Derecho romano.* Caracas: La Casa de Bello.

Belluscio, A. (2002). Nuevas reformas del derecho civil y penal francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores y nombre. *La Ley, 66*(130).

Beltrán Pacheco, J., y Torres Maldonado, M. (2013). La pérdida del bien cierto y la teoría del riesgo en la relación jurídica obligatoria. En M. Torres Carrasco (Coord.), *Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento* (pp. 209-236). Lima: Gaceta Jurídica.

Bigio Chrem, J. (2007). Límites máximos para el arrendamiento de duración determinada. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (2.ª ed., vol. VIII, pp. 526-530). Lima: Gaceta Jurídica.

Borda, G. (2002). *Manual de derecho de familia* (12.ª ed.). Buenos Aires: Lexis Nexis.

Borda, G. (2008). *Tratado de derecho civil. Derechos reales* (5.ª ed., vols. I y II). Buenos Aires: La Ley.

Cabanellas, G., y Hoague, E. (2010). *Law dictionary* (2.ª ed., vol. II). Buenos Aires: Heliasta.

Cano Martínez de Velasco, J. (1992). *La posesión, el usufructo y la prenda de derechos.* Barcelona: J. M. Bosch.

Castañeda, J. (1958). *Instituciones de derecho civil* (2.ª ed., vol. II). Lima: Villanueva, P. L.

Chaves de Farias, C., y Rosenvald, N. (2009). *Direitos reais* (6.ª ed.). Río de Janeiro: Lumen Juris.

Corral Talciani, H. (1996). Propiedad y cosas incorporales. Comentarios a propósito de una reciente obra del profesor Alejandro Guzmán Brito. *Revista de Chilena de Derecho, 23*(1), 13-18.

Cortina Gonzales, P. (2018). La posibilidad de adquisición de la servidumbre de vista por prescripción. *Gaceta Civil y Procesal Civil*, *59*, 101-113.

De Cupis, A. (1992). Usufrutto (c. Diritto vigente). En F. Calasso (Ed.), *Enciclopedia del diritto* (vol. XLV, pp. 1111-1124). Milán: Giuffrè.

De la Mata, F., y Garzón, R. (2014). *Bienes y derechos reales* (7.ª ed.). México D. F.: Porrúa.

De Reina Tartière, G. (2012). *Derecho civil. Derechos reales.* Madrid, España: CEF.

De Ruggiero, R. (1929). *Instituciones de derecho civil* (vol. I, R. Serrano Suñer y J. Santa Cruz Teijeiro, Trads.). Madrid: Reus.

Díez-Picazo, L. (1993). *Fundamentos del derecho civil patrimonial* (4.ª ed., vol. I). Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo, L., y Gullón, A. (1985). *Sistema de derecho civil* (3.ª ed., vol. III). Madrid: Tecnos.

Fassi, S., y Petriella, D. (1960). *Código Civil italiano. Libro I. De las personas y la familia.* Buenos Aires: Asociación Dante Alighieri.

Fernández Cruz, G. (2004). Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano. En G. Alpa y L. León (Eds.), *Estudios sobre*

*el contrato en general. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)* (pp. 675-712). Lima: Ara.

Ferradas Reyes, M. (2011). Constitución del usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 476-477). Lima: Gaceta Jurídica.

Ferradas Reyes, M. (2011a). Plazo de usufructo. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 477-478). Lima: Gaceta Jurídica.

Ferradas Reyes, M. (2011b). Usufructo, definición y caracteres. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 473-475). Lima: Gaceta Jurídica.

Ferrero Costa, A. (2007). Opción usufructuaria del cónyuge. En W. Gutiérrez Camacho, y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (2.ª ed., vol. IV, pp. 432-435). Lima: Gaceta Jurídica.

Ferrero Costa, A. (2012). *Tratado de derecho de sucesiones* (7.ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

Gama, G. (2011). *Direitos reais.* São Paulo: Atlas.

Gatti, E. (1996). *Propiedad y dominio.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gatti, E., y Alterini, J. H. (1998). *El derecho real. Elementos para una teoría general.* Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Gomes, O. (2012). *Direitos reais* (21.ª ed.). Río de Janeiro: Forense.

Gonzales Barbadillo, E. (2007). Facultades del propietario de gravar uno de sus predios en favor del otro. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (2.ª ed., vol. V, p. 561-562). Lima: Gaceta Jurídica.

Gonzales Barrón, G. (2013). *Tratado de derechos reales* (3.ª ed., vol. II). Lima: Jurista.

Gonzales Barrón, G. (2017). La servidumbre de (paso de) agua. *Actualidad jurídica*, *280*, 64-73.

González Linares, N. (2012). *Derecho civil patrimonial. Derechos reales* (2.ª ed.). Lima: Jurista.

Lafaille, H., y Alterini, J. (2011). *Derecho civil. Tratado de los derechos reales* (2.ª ed., vol. IV). Buenos Aires: La Ley.

Lôbo, P. (2015). *Direito civil.* São Paulo, Brasil: Saraiva.

Maisch, L. (1980). *Los derechos reales* (2.ª ed.). Lima: Tipografía Sesator.

Maisch, L. (1984). *Los derehos reales* (3.ª ed.). Lima: Studium.

Maisch, L. (1985). Exposición de motivos y comentarios al Libro de Derechos Reales del Código Civil. En D. Revoredo (Ed.), *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios* (vol. V, p. 475). Lima: Talleres de Artes Gráficas de la Industria Avanzada.

Malizia, R. (2007). *Código Civil comentado.* Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales* (7.ª ed., vol. II). Buenos Aires: Zavalía.

Mariani de Vidal, M. (2010). *Derechos reales* (8.ª ed., vol. III). Buenos Aires: Zavalía.

Mazeaud, H., y Mazeaud, J. (1959). *Lecciones de derecho civil* (vol. III, Parte 1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Mejorada, M. (3 de diciembre del 2015). Servidumbre predial [mensaje en un blog]. Recuperado de http://blogs.gestion.pe/prediolegal/2015/12/servidumbre-predial.html

Menezes Cordeiro, A. (2013). *Tratado de direito civil. Parte general: Coisas* (3.ª ed., vol. III). Coimbra: Almedina.

Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial* (2.ª ed., vol. III). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Miranda, P. (1983). *Tratado de direito privado* (vol. XIX). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Morales Hervias, R. (2012). La propiedad en las situaciones jurídicas subjetivas. En G. Priori Posada (Ed.), *Estudios sobre la propiedad* (pp. 91-110). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Moreno Talavera, G. (2000). *A função social como paradigma dos direitos reais limitados de gozo ou fruição sobre coisa alheia.* São Paulo: Revista dos Tribunais.

Muro Rojo, M., y Rebaza González, A. (2011). Usufructo de dinero. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (1.ª ed., vol. V, pp. 502-508). Lima: Gaceta Jurídica.

Musto, N. (2000). *Derechos reales* (vol. II). Buenos Aires: Astrea.

Musto, N. (2007). *Derechos reales* (vol. II). Buenos Aires: Astrea.

Nery Junior, N., y De Andrade Nery, R. (2012). *Código Civil comentado* (9.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Olavarría Vivian, J. (2012). *Derecho de sucesiones. Exégesis sustantiva y procesal.* Lima: Adrus.

Pacheco, T. (1872). *Tratado de derecho civil* (2.ª ed., vol. II). Lima: Imprenta del Estado Calle de la Rifa.

Papaño, R., Kiper, C., Dillon, G., y Causse, J. (2012). *Derechos reales.* Buenos Aires: Astrea.

Penteado, L. (2008). *Direito das coisas* (2.ª ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Peña Bernaldo de Quirós, M. (1999). *Derechos reales. Derecho hipotecario* (3.ª ed., vol. II), Madrid: Centro de Estudios Registrales.

Peñailillo, D. (2006). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales* (4.ª ed.). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Peñailillo, D. (2014). *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales.* Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Pereña, M. (2005). *La constitución voluntaria del usufructo.* Madrid: Dykinson.

Petit, E. (1980). *Tratado elemental de derecho romano.* Buenos Aires: Albatros.

Ramírez Cruz, E. (2017). *Tratado de derechos reales* (4.ª ed., vol. III). Lima: Gaceta Jurídica.

Rivero Hernández, F. (2010). *El usufructo.* Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters-Civitas.

Rojina Villegas, R. (2012). *Derecho civil mexicano. Bienes, derechos reales y posesión* (15.ª ed., vol. II). México D. F.: Porrúa.

Rojina Villegas, R. (2014). *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones* (45.ª ed., vol. II). México D. F.: Porrúa.

Romero Romaña, E. (1947). *Los derechos reales.* Lima: P. T. C. M.

Salazar Gallegos, M. (2011a). Carácter personal del uso y habitación. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 528-529). Lima: Gaceta Jurídica.

Salazar Gallegos, M. (2011b). Derecho de habitación. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 526-527). Lima: Gaceta Jurídica.

Salazar Gallegos, M. (2011c). Extensión de los derechos de uso y habitación. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 527-528). Lima: Gaceta Jurídica.

Salazar Gallegos, M. (2011d). Régimen legal del derecho de uso. En W. Gutiérrez Camacho y M. Muro Rojo (Eds.), *Código Civil comentado* (3.ª ed., vol. V, pp. 525-526). Lima: Gaceta Jurídica.

Salvat, R. (1946). *Tratado de derecho civil argentino* (vol. II). Buenos Aires: La Ley.

Serrano Alonso, E., y Serrano Gómez, E. (2005). *Manual de derechos reales.* Madrid: Edisofer.

Teles de Menezes Leitão, L. (2012). *Direitos reais* (3.ª ed.). Coimbra: Almedina.

Ternera Barrios, F. (2015). *Derechos reales* (4.ª ed.). Bogotá: Temis.

Torres Carrasco, M. (2013). *Diccionario civil.* Lima: Gaceta Jurídica.

Torres Vásquez, A. (2006). *Derechos reales* (vol. I). Lima: Idemsa.

Trimarchi, M. (1992). Uso (diritto di). En F. Calasso (Ed.), *Enciclopedia del Diritto* (vol. XLV, pp. 922-930). Milán: Giuffrè.

Valencia Zea, A., y Ortiz Monsalve, A. (2012). *Derecho civil. Derechos reales* (11.ª ed., vol. II). Bogotá: Temis.

Varsi Rospigliosi, E. (2011). *Tratado de derecho de familia* (vol. I). Lima: Gaceta Jurídica.

Varsi Rospigliosi, E. (2017). *Tratado de derechos reales* (vol. 1). Lima: Universidad de Lima, Fondo Editorial.

Varsi Rospigliosi, E. (2018). *Tratado de derechos reales. Posesión y propiedad* (vol. II). Lima: Universidad de Lima, Fondo Editorial.

Velásquez Jaramillo, L. (2014). *Bienes* (13.ª ed.). Bogotá: Temis.

Venezian, G. (1928). *Usufructo, uso y habitación* (vol. I). Madrid: Revista de Derecho Privado.

Vidal Ramírez, F. (2011). *Prescripción extintiva y caducidad.* Lima: Idemsa.

Vieira, J. (2008). *Direitos reais.* Coimbra: Coimbra Editora.

Zannoni, E. (1998). *Derecho de familia* (3.ª ed., vol. II). Buenos Aires: Astrea.

UNIVERSIDAD DE LIMA

Tomo 3

Enrique Varsi Rospigliosi

# TRATADO DE DERECHOS REALES

## Derechos reales de goce

Concluido el análisis de la primera parte especial de los derechos reales, referente a la teoría general de la posesión y la propiedad como derechos reales centrales, corresponde en esta oportunidad dar inicio al estudio de las desmembraciones del derecho de propiedad, los denominados derechos reales sobre la cosa ajena o derechos reales de disfrute (goce); entre ellos, los más importantes son el usufructo y la servidumbre.

Partimos del análisis histórico y sociológico del usufructo para luego entrar al desarrollo de sus derivaciones: el uso y la habitación, además de un análisis del cuasiusufructo. De igual modo, tratamos el tema de la servidumbre.

Identificada su base social, procederemos al estudio de estas instituciones jurídicas desde un análisis legislativo, que implica confrontarlas con las doctrinas nacional y extranjera contemporáneas, así como con los más recientes planteamientos jurisprudenciales emitidos por el Poder Judicial. Seguimos la misma línea de trabajo utilizada en la investigación referida a la parte general (tomo 1) y a la de posesión y propiedad (tomo 2).

Con esta investigación pondremos a disposición de la comunidad operativa y académica una obra metodológica y técnicamente desarrollada, que analiza de forma pormenorizada el derecho real de usufructo y sus derivaciones desde la óptica del derecho civil, tomando como base la praxis que se viene aplicando.

Esta investigación es la continuación de otras auspiciadas por el Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, entre los años 2009 y 2016, dirigidas a la elaboración del *Tratado de derecho civil peruano* (20 tomos), obra que implica un razonamiento orgánico, uniforme y contemporáneo sobre las diversas instituciones del derecho civil.